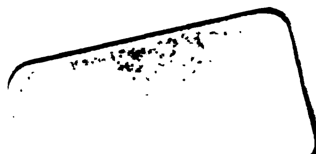

SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS



IL RICONOSCIMENTO DELLE SENTENZE STRANIERE DI DIVORZIO

IN ORDINE

ALLA SECONDA CONVENZIONE DELL'AIA 12 GIUGNO 1902

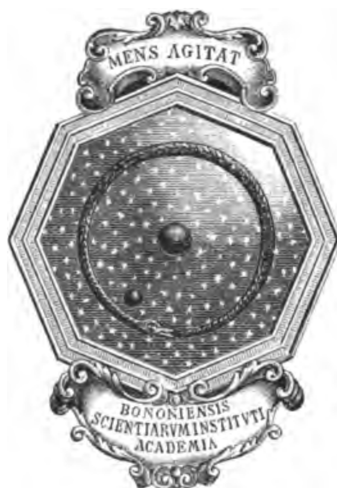
MEMORIA

DEL

Prof. DIONISIO ANZILOTTI

letta il 30 maggio 1908

alla Classe di Scienze morali della R. Accademia delle Scienze dell' Istituto di Bologna



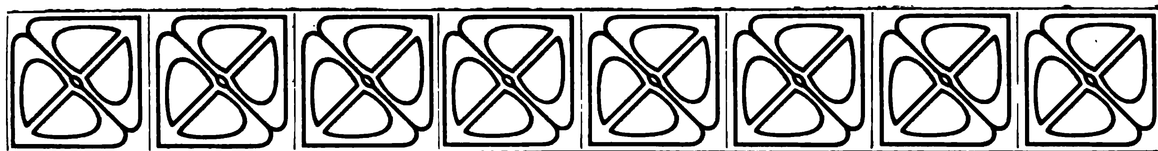
BOLOGNA

TIPOGRAFIA GAMBERINI E PARMEGGIANI

—

1908

Estratta dalla Serie I, Tomo II, 1907-08
delle Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna
Classe di Scienze Morali - Sezione giuridica



INTRODUZIONE

1. Obietto di questo studio è la determinazione e l'analisi delle condizioni necessarie a ciò che una sentenza straniera di divorzio possa venire riconosciuta in Italia, in ordine alla seconda convenzione dell'Aia, 12 giugno 1902. Questa, nel primo alinea dell'art. 7, stabilisce che « il divorzio e la separazione personale pronunciati da un tribunale competente a termini dell'art. 5 saranno riconosciuti dovunque, purchè le clausole della presente convenzione sieno state osservate, e, nel caso che la sentenza sia stata pronunciata in contumacia, purchè il convenuto sia stato citato in conformità delle disposizioni speciali richieste dalla sua legge nazionale per il riconoscimento delle sentenze straniere ». Si tratta di vedere quali rapporti passano fra questa disposizione e le regole ordinarie del nostro diritto relative all'esecuzione delle sentenze straniere.

La convenzione nulla dice quanto al modo di accertare che le sentenze, di cui si domanda il riconoscimento, rispondono alle condizioni volute. Essa, com'era da attendersi, non ha limitato, su questo punto, la libertà dei singoli Stati, i quali, perciò, non hanno obbligo nè ragione di modificare le regole vigenti, se non in quanto sia necessario a render possibile l'adempimento dei doveri imposti dalla convenzione. Ne segue che sono applicabili al caso nostro gli art. 941 e seg. del codice di procedura civile, salvo le deroghe apportate dalla convenzione, o meglio, come diremo, dalla legge 7 settembre 1905, che la rese esecutiva nel regno. Su questo non credo che possano esservi difficoltà. Le difficoltà incominciano quando si vuol determinare quali sono ed in che cosa veramente consistono le deroghe. Dallo stesso art. 7 risulta con sicurezza che talune fra le indagini commesse al giudice di delibazione dall'art. 941 del cod. di proc. civ. sono eliminate, altre modificate, o almeno diversamente determinate e circoscritte; ma d'altro lato poi ne risulta altresì la possibilità di ricerche più estese o diverse, in forza di quell'inciso « purchè le clausole della presente convenzione sieno state osservate », che, manifestamente, apre l'adito ad un'inda-

gine sulla legge applicata dal giudice straniero per la decisione del merito della causa; indagine affatto ignota al nostro giudizio di delibazione. È proprio questo il contenuto e l'effetto della disposizione? significa, cioè, indistintamente una limitazione ed un ampliamento del campo d'esame? ed in ogni caso, quali ne sono i confini? Ecco la questione. Essa, com'é facile vedere fin d'ora, investe, da un lato, la delicata materia dei rapporti fra il trattato internazionale ed il diritto interno, dall'altro, la natura ed i caratteri del nostro giudizio di delibazione. Da queste relazioni svariate e complesse, il tema desume, così le peculiari difficoltà, come l'importanza scientifica che presenta; e dalla loro esatta e completa valutazione attende, nelle molteplici e frequenti applicazioni pratiche di cui è suscettivo, criteri più razionali e sicuri di quelli che ci è dato trovare nelle decisioni giudiziarie e nelle ricerche dottrinali ond'è stato oggetto fin qui.

2. Il contenuto del problema ed il bisogno di sottoporlo a più profonde investigazioni risulteranno meglio da un breve esame critico delle soluzioni che ha ricevuto nella giurisprudenza pratica e nella dottrina.

Quattro sentenze, per quanto mi è noto (1), hanno avuto occasione finora di applicare la legge 7 settembre 1905 al riconoscimento di divorzi pronunziati all'estero; e cioè, quelle della Corte di Venezia, 3 agosto 1906 e 24 aprile 1908, di Milano, 21 novembre 1906, di Casale, 26 febbraio 1907. Nessuna si propone in modo preciso ed esplicito la questione dei rapporti fra la detta legge e le regole del codice di procedura civile; ma dal loro contenuto si possono desumere i criteri che hanno seguito in proposito, se pur di criteri sia lecito parlare.

Le sentenze della Corte di Venezia (2) concordano nel voler constatare che la richiesta esecutorietà poteva esser concessa in ordine all'art. 941 cod. proc. civ., e nell'accertare, a tale scopo, l'esistenza di tutte e quattro le condizioni richieste dal detto articolo: questa indagine, e la relativa dimostrazione, costituiscono anzi la parte precipua di ambedue le decisioni; ma dopo ciò, e di fronte al significato della legge 7 settembre 1905, parmi

(1) Dopo la consegna del manoscritto, sono venuto a conoscenza di due nuove sentenze riguardanti l'applicazione della legge 7 settembre 1905. Una, della Cassazione di Torino, del 28 marzo 1908 (*Giurisprudenza italiana*, 1908, I, 1, 650), conferma quella della Corte di Casale 26 febbraio 1907, di cui mi occupo nel testo, e tratta *ex-professo* soltanto una questione relativa alla regolarità della citazione, di cui in seguito. L'altra, della Corte d'appello della stessa città, 9 marzo 1908 (*Giur. it.*, 1908, I, 2, 450), ritiene che il giudice di delibazione debba esaminare se furono osservate le clausole della convenzione; e, quanto ai rapporti fra la legge 7 settembre 1905 e l'art. 941 del cod. di proc. civ., ammette che restino ferme le condizioni stabilite ai nn.i 1, 2, 3; la deroga riguarda il n.° 4, semprechè sieno state osservate le clausole della convenzione. Non si allontana dunque, questa sentenza, dalle altre esaminate nel testo, e non mi dà ragione di modificare il giudizio complessivo, che ho creduto di poterne dare.

(2) Fra i vari periodici, che hanno pubblicato queste sentenze e le altre esaminate in seguito, ricordo quelli dove sono accompagnate da note illustrative o critiche, alle quali potrò avere occasione di riferirmi nel seguito di questo studio. Sentenza 3 agosto 1906: *Foro italiano*, 1906, I, 1517, con nota del Gabba; *Legge*, 1907, 667, con nota dell'Esperson. Sentenza 24 aprile 1908: *Temi*, 1908, 523, con breve nota mia.

impossibile negare che esse prendono un' attitudine ben diversa, se anche la Corte non se n' è reso conto chiaramente.

La sentenza 3 agosto 1906, dopo avere constatato che esistevano, nel caso concreto, le condizioni volute dall'art. 941, soggiunge che, in ogni modo, l'esecutorietà non potrebbe esser negata dopo la legge 7 settembre 1905. E qui spinge brevemente il suo esame sull' esistenza delle condizioni richieste da questa legge, osservando che la sentenza straniera era stata pronunziata dal tribunale competente, secondo la legge nazionale dei coniugi e conformemente anche a quella del luogo dove la domanda fu proposta; mentre nessun ostacolo poteva sorgere dall' art. 4 della convenzione, perchè, sebbene l' abbandono, causa del divorzio, fosse cominciato quando i coniugi avevano ancora la cittadinanza italiana, era però continuato per il tempo necessario a costituire un motivo nuovo, per sè stante, sotto l' impero della legge posteriormente acquistata dai coniugi.

Ora, a parte il valore intrinseco di queste considerazioni nel caso concreto, si converrà facilmente che esse pongono in termini tutt' altro che chiari ed esatti la questione di diritto, che la Corte era chiamata a risolvere. Se essa riteneva applicabile la legge 7 settembre 1905, e se le condizioni da questa richieste per il riconoscimento delle sentenze straniere sono diverse da quelle di cui parla l' art. 941, a che scopo accertare anzitutto l' esistenza di quest' ultime? Forse la Corte ha pensato che queste indagini rimangano necessarie anche dopo l' emanazione della legge, in guisa da poter rifiutare il riconoscimento, se di taluna fra quelle condizioni, pur non richiesta dalla detta legge, fosse risultata la mancanza? Il concetto sarebbe difficilmente sostenibile, sia di fronte ai principî generali sul coordinamento delle leggi, sia di fronte alla disposizione espressa dell' art. 950 cod. proc. civ. Ma non pare sia quello della sentenza, perchè, dopo aver dimostrato che sussistevano tutte e quattro le condizioni volute dall' art. 941, continua dicendo che « *in ogni modo* dopo la legge ecc. non potrebbe esser negata l' esecutorietà .... »: direi dunque, piuttosto, una dimostrazione ad esuberanza; ma l' esuberanza in questo caso è proprio fuor di proposito, perchè impedisce di mettere la questione ne' suoi veri termini ed espone alla possibilità di gravi errori. Per quanto poi riguarda il significato dell' art. 7 della convenzione, la sentenza se ne sbriga assai in breve, mostrando però chiaramente di ritenere che, in forza della legge 7 settembre 1905, il giudice italiano è tenuto ad esaminare se furono osservate tutte, in genere, le clausole della convenzione, ancorchè ciò richieda delle indagini, che non hanno riscontro nell' ordinario giudizio di delibazione.

In sostanza, dunque, questa sentenza si fonda sulla legge 7 settembre 1905, e se dimostra il concorso delle condizioni volute dall' art. 941 cod. proc. civ., si può credere che lo faccia più ad esuberanza che altro. Invece quella del 24 aprile 1908 si fonda pressochè esclusivamente sull' art. 941, e della convenzione e della legge tien conto soltanto per confermare quel che già risulterebbe dalle disposizioni del codice civile, vale a dire che il riconoscimento del divorzio pronunziato all' estero non è contrario al nostro ordine pubblico. Parrebbe, quindi, che il concetto della sentenza fosse questo: la legge 7 settembre 1905 non tocca affatto il contenuto del giudizio di delibazione, che continua ad essere regolato, come per l' innanzi, dall' art. 941 cod. proc. civ.; soltanto ha eliminato la possibile con-

troversia sul rapporto delle sentenze straniere di divorzio con l'ordine pubblico. Se non che. la Corte stessa dice che, in forza della convenzione 12 giugno 1902, la sentenza di divorzio pronunziata in uno degli Stati contraenti dev' essere riconosciuta dagli altri quando sieno osservate le disposizioni stabilite dalla convenzione, *quando cioè*, sono le parole della sentenza, *si sieno osservate le regole sulla competenza del tribunale giudicante* Ora, se questo è vero per la convenzione, deve valere anche in Italia per la legge 7 settembre 1905, che la rese esecutiva. E allora viene spontanea la domanda: come si conciliano le indagini istituite dalla sentenza, sulla base dell' art. 941, con questa legge? su che fondamento ritiene la Corte di potere accertare l' osservanza delle norme processuali, cui si riferisce l' art. 941, ma che non sono richiamate dalla convenzione? e un difetto nell' osservanza di queste norme potrebbe o no avere per conseguenza che si rifiutasse il riconoscimento? Ma a queste domande invano si cercherebbe nella sentenza una risposta qualunque, perchè in realtà manca qualunque concetto dei rapporti che assano fra la convenzione dell'Aia ed il cod. di proc. civ.

Come in questa sentenza, così anche in quella della Corte di Casale (1) la dimostrazione dei requisiti voluti dall' art. 941 cod. proc. civ. costituisce parte essenziale della motivazione; ma quest' ultima se ne distingue poi per un modo, apparentemente almeno, diverso d'intendere il rapporto fra quella disposizione e la legge 7 settembre 1905. Anche essa, infatti, incomincia col richiamare espressamente le quattro indagini commesse al giudice di delibazione dall' art. 941, e tutte e quattro successivamente le istituisce; ma ricordandosi, ad un certo punto, dell' art. 950 dello stesso codice, pare intenda di dover fare bensì quelle indagini, ma farle in modo da mantenerle in armonia con quanto richiede la convenzione. Questo, se non erro, il concetto fondamentale della sentenza: ma non è poi facile capire in qual modo intenda di mettere in relazione l' art. 941 con le disposizioni della convenzione; ed in verità, la maniera nella quale procede non dimostra che ne abbia un' idea ben chiara; tutt' altro.

La sentenza, per esempio, dice esplicitamente che, a parere della Corte, il n.° 1 dell' art. 941 implica una duplice indagine, sulla giurisdizione e sulla competenza propriamente detta: questa seconda da farsi in base alle leggi dello Stato dove seguì il giudizio, quella in base al diritto internazionale privato, i cui principî devonsi specialmente desumere dai trattati. Ciò posto, parrebbe che la Corte avesse dovuto domandarsi se anche la convenzione ammette questa duplice indagine, e così intesa, per desumerne eventualmente una modificazione o soltanto una determinazione del n.° 1 dell' art. 941. Invece, nulla di tutto ciò: la sentenza istituisce l' una e l' altra ricerca, giungendo alla conclusione che il magistrato straniero aveva giurisdizione, perchè si trattava di una questione di diritto familiare fra sudditi di quello Stato, ed aveva competenza, in forza di una espressa disposizione della legge estera. Se e come tutto questo si concili con l' art. 7 della convenzione, che pure richiede od ammette una determinata indagine sulla competenza del magistrato di

---

(1) *Rivista di diritto internazionale*, vol. II, 1907, pag. 364; *Giurisprudenza italiana*, 1907, I, 2, 240; *Legge*, 1907, 1695, con nota dell'Esperson.

merito e ne fissa i criteri, la Corte non se lo domanda neppure. Ed è poi abbastanza singolare che, dopo aver detto che l'indagine sulla giurisdizione va fatta in base ai principî di diritto internazionale, desunti specialmente dai trattati, non si curi di spendere una mezza parola per dimostrare che, nel caso, sussistevano i criteri stabiliti dalla convenzione (art. 5), e non sappia anzi far di meglio che invocare, in genere, il principio della competenza dei tribunali nazionali nelle questioni riguardanti lo stato delle persone ed i rapporti di famiglia. Alla convenzione, invece, si riferisce esclusivamente la sentenza per quel che riguarda l'esame sulla regolarità della citazione, che, nel caso concreto, aveva sollevato una vivace controversia fra le parti, e per escludere l'applicazione del n.° 4 dell'art. 941; al qual proposito, anzi, parrebbe che la Corte, accogliendo un concetto accennato anche da altri e che esamineremo a suo tempo, ravvisasse nell'indagine sull'osservanza delle clausole della convenzione un sostitutivo di quella prescritta dal n.° 4 dell'art. 941. Certo è, in ogni modo, che essa non mette in dubbio di dover constatare, come infatti constata, che le clausole della convenzione furono, nel caso, integralmente osservate.

Procede più correttamente la Corte di Milano (1), che esamina la domanda di riconoscimento della sentenza straniera riferendosi soltanto alla convenzione, e la rifiuta perchè, a suo parere, non si verificavano alcune fra le condizioni volute dalla convenzione medesima. Non sfugge alla Corte milanese che, per tal modo, il suo esame si spinge nel merito, oltrepassando i limiti tracciati dall'art. 941 cod. proc. civ.; ma osserva che, avendo la convenzione forza di legge, e determinando le condizioni alle quali gli Stati si obbligarono a riconoscere il divorzio e la separazione pronunziati dai tribunali stranieri, è logico e giuridico ritenere che il magistrato, davanti al quale si invocano questi accordi internazionali agli effetti dell'art. 7, abbia, non pure la facoltà, ma l'obbligo di vedere se le anzidette condizioni siano state osservate.

Ed ora, guardando nel suo complesso questa nostra giurisprudenza, non sembrerà un giudizio troppo rigoroso dire che le manca ancora un concetto chiaro e sicuro dei rapporti che intercedono fra il giudizio di delibazione regolato dal codice di procedura civile e quello richiesto dalla legge 7 settembre 1905, per il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio e di separazione personale. Eccezion fatta, fino ad un certo segno, per la sentenza della Corte d'appello di Milano, che distingue assai nettamente l'applicazione della legge 7 settembre 1905 dall'art. 941 cod. proc. civ., domina nelle decisioni testè esaminate una grande confusione fra le condizioni generali richieste dall'art. 941 e quelle speciali a cui ha riguardo la legge. E mentre l'idea, pur così semplice e chiara, di una deroga apportata dalla legge speciale alla legge generale, e della conseguente eliminazione o modificazione di alcune indagini prescritte dall'art. 941, dura tanta fatica a farsi strada nella mente dei nostri magistrati, essi non esitano un istante ad ammettere che la

(1) *Giur. it.*, 1907, I, 2, 221; *Legge* 1907, 1177, con nota dell'Esperson, in replica ad alcune critiche fatte alla sua tesi della inefficacia dei divorzi *in fraudem legis; Foro it.*, 1908, I, 52, con nota mia. Di un articolo relativo a questa sentenza, pubblicato dall'Ottolenghi, nel *Monitore dei tribunali* del 1907, pag. 341, mi occupo più diffusamente in seguito, perchè riguarda in modo diretto il mio tema.

legge del 1905 abbia introdotto un principio, che sarebbe in pieno contrasto con la natura ed i caratteri dell'istituto della delibazione. Tranne la seconda sentenza della Corte di Venezia, che adopera una frase, il cui valore è probabilmente sfuggito a coloro stessi che l'hanno usata, ma che, presa alla lettera, implicherebbe un concetto ben diverso delle conseguenze derivanti dall'art. 7 della convenzione nel nostro diritto, le altre decisioni sono esplicite ed unanimi nel ritenere che la legge 7 settembre 1905 abbia ampliato i poteri del giudice di *exequatur*, chiamandolo ad esaminare se furono osservate le clausole della convenzione, ossia a rivedere il merito della sentenza straniera. Come si giustifichi questa deroga così sostanziale ai principî del nostro diritto, e qual ne sia veramente la base giuridica, è un punto che si può dire sfuggito finora all'attenzione dei nostri magistrati. Il modo stesso onde la Corte di Milano cerca di giustificare il riesame del merito della sentenza straniera, non è se non un'affermazione che la legge lo richiede, non già una dimostrazione che veramente lo prescriva e perchè. Manca del pari di ogni dimostrazione, e, come vedremo, di ogni fondamento, il concetto, accennato dalla Corte di Casale, che l'indagine sull'osservanza delle clausole della convenzione sostituisca, nella materia di cui si tratta, quella generale prescritta dal n° 4 dell'art. 941. E poichè non si ha un concetto preciso e sicuro del fondamento e del significato di quest'indagine, è naturale che manchi altresì ogni determinazione di limiti che in essa possa incontrare il giudice di delibazione. Lo svolgimento logico del principio porterebbe anzi a dire che di un giudizio di delibazione non si possa, in questo caso, parlare.

Se dalle varie sentenze si dovesse nonostante desumere un concetto generalmente ammesso intorno ai rapporti fra l'art. 941 del cod. di proc. civ. e la legge 7 settembre 1905, questo sarebbe, parmi, che rimangono le indagini prescritte dall'art. 941, come quelle che rappresentano le condizioni generali dell'efficacia di ogni sentenza straniera in Italia, e vi si aggiunge quella speciale sull'osservanza delle clausole della convenzione, che costituisce la condizione espressamente apposta dagli Stati all'obbligo reciproco di riconoscere le pronunzie di divorzio o di separazione personale. Ad escludere il primo punto, e cioè che il magistrato possa ancora compiere le quattro indagini stabilite dall'art. 941, dovrebbe bastare il principio, applicato espressamente alla materia nostra dall'art. 950, che la legge speciale deroga alla legge generale; e quanto poi al concetto che la convenzione abbia imposto, e la legge 7 settembre 1905 abbia introdotto nel nostro diritto, un'indagine così poco in armonia con l'istituto della delibazione, qual'è inteso e regolato dalla legge italiana, è appunto scopo precipuo di questo studio esaminarne il valore e dimostrarne l'infondatezza.

3. Anche la dottrina ha portato finora un contributo assai scarso al nostro argomento. L'attenzione degli scrittori si è rivolta di preferenza ad un problema particolare; se cioè, sotto l'impero della convenzione, sia ammissibile il concetto della frode alla legge come motivo di rifiutare il riconoscimento del divorzio pronunziato all'estero fra coniugi prima italiani, che assunsero una cittadinanza straniera allo scopo appunto di ottenere il divorzio. E quantunque, anche ammesso il concetto che la frode alla legge possa costituire un osta-

colo al riconoscimento delle sentenze straniere, sia difficile farne un' applicazione al caso nostro, se prima non vengano esattamente determinati i confini entro cui può muoversi l' indagine assegnata al giudice di delibazione, tuttavia gli articoli e le note del Gabba (1), dell'Esperson (2), del Porro (3) si occupano della questione particolare, senza risalire al problema generale, che è oggetto di questo studio. Gli accenni che contengono in ordine alla materia del giudizio di delibazione, dimostrano che i detti scrittori non mettono in dubbio che il giudice italiano debba esaminare se furono osservate integralmente le clausole della convenzione, ma non determinano in alcun modo la ragione o i limiti di questo esame, nè il rapporto in cui si trova con quelli prescritti dall'articolo 941 del cod. di proc. civ.

Prescindendo dal Mortara, che ha espresso di recente in modo chiaro, ma affatto incidentale, l' opinione che le sentenze di divorzio, a cui si riferisce il nostro studio, debbano soddisfare, così alle condizioni generali dei numeri 1, 2 e 3 dell'art. 941, come a quelle speciali della convenzione (4), due scrittori soli, a quanto mi è noto, si sono occupati in modo speciale e diretto di questo tema, il Caporali, in un breve lavoro pubblicato nel primo volume degli *Studi in onore di V. Scialoja* (pag. 816 e segg.), e l'Ottolenghi, in un articolo comparso nel *Monitore dei tribunali* del 4 Maggio 1907.

Del primo non ho ragione di occuparmi molto, perchè non ha portato un contributo apprezzabile nella questione. Anch'egli ritiene che la Corte d'appello debba fare le indagini stabilite dall'art. 941 cod. proc. civ., tenendo presente la convenzione, come richiede l'art. 950, e quindi ricercare: se la sentenza fu pronunziata da un tribunale competente a norma della convenzione; se le parti siano state regolarmente citate, e, nel caso di sentenza contumaciale, se il convenuto sia stato citato conformemente alle disposizioni speciali richieste dalla sua legge nazionale per il riconoscimento delle sentenze straniere; se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci; ed infine se furono osservate le clausole della convenzione, cioè le disposizioni degli art. 1, 2, 3, 4; ricerca che, secondo il Caporali, col quale concorda, a quanto mi pare, la sentenza della Corte d' appello di Casale esaminata sopra, sostituirebbe quella prescritta dal n. 4 dell'art. 941. Ma il Caporali poi non dice su quali criteri si fonda per riunire in tal modo le indagini richieste dall'art. 941 cod. di proc. civ. con quelle di cui parla la convenzione. Eppure è ovvio osservare che il richiamo all'art. 950 non vale davvero a giustificare l'esame di quelle condizioni, che, pur essendo volute dall'art. 941, non trovano riscontro nella convenzione: tutt'altro. E neanche si domanda se e come l' esame sull'osservanza delle clausole della convenzione, nei termini generali in cui egli ne afferma la necessità, si concili coi caratteri essenziali del nostro giudizio di delibazione, o se questi possano influirvi in modo da determinarne diversamente l'obietto ed i limiti: meno che mai si domanda

(1) *Foro it.*, 1906, I, 1517.

(2) *Legge*, 1907, 667. Vedasi pure, di questo autore, il commento alla convenzione, pubblicato nella *Giur. it.*, 1907, IV, 1-35: anche in questo, l'Esperson si occupa dell' efficacia delle sentenze straniere di divorzio quasi soltanto in ordine alla questione della frode alla legge.

(3) *Mon. dei trib.*, 1906, pag. 946.

(4) *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. V, n. 42, pag. 63.

se proprio quell'esame è imposto dalla convenzione. Si comprende dunque facilmente com'egli non porti alcun elemento alla risoluzione di un problema, di cui gli sfuggono così gli elementi essenziali e la stessa ragion d'essere.

Debbo invece fermarmi più di proposito sulle idee esposte dall'Ottolenghi, cui va certo riconosciuto il merito di aver visto chiaramente il contenuto e le peculiari difficoltà della questione.

Quali sono, si domanda l'Ottolenghi, i limiti nei quali il giudice di delibazione deve esercitare il proprio intervento, per decidere se la sentenza straniera sia conforme alle clausole della convenzione? Potrà permettersi al giudice dell'*exequatur* di compiere una intera revisione del giudizio di merito, di sostituire la propria convinzione a quella del giudice straniero, e ciò anche nel caso in cui il suo giudizio dovesse fondarsi sopra circostanze o norme diverse da quelle che, nella sentenza straniera, sono già state dedotte o hanno ricevuto la propria sanzione? Ora, egli osserva, una ripetizione del giudizio straniero nel periodo di delibazione è affatto estranea al nostro ordinamento legislativo; e per quanto la convenzione modifichi il compito del giudice di delibazione, in quanto il suo esame deve esercitarsi in limiti diversi da quelli stabiliti dall'art. 941, non ne deriva però che non debba intendersi in un certo modo, che, pur corrispondendo ai fini della convenzione, possa accordarsi col sistema dei principî che regolano l'istituto della delibazione, poichè questi principî, nel loro complesso e per il loro fondamento, hanno una ragione a sè stante, che è particolare a determinate leggi o gruppi di leggi. E poichè, secondo la nostra legge, l'istituto della delibazione si distingue per queste caratteristiche, che esso presuppone l'estraterritorialità della giurisdizione straniera, e quindi sottrae assolutamente ai nostri magistrati ogni revisione in merito della sentenza straniera, così questo principio deve valere anche di fronte alla convenzione, tanto più che corrisponde allo spirito, se non alla lettera, di questa, non potendosi ammettere che gli Stati contraenti abbiano inteso di subordinare il riconoscimento delle sentenze di divorzio e di separazione alla condizione che lo stesso giudizio si rinnovi dinanzi ai giudici di ogni altro Stato, nel cui territorio debbano farsi valere gli effetti del giudicato straniero. Movendo da queste premesse, l'Ottolenghi ritiene: anzitutto, che il giudice di delibazione non debba fare alcuna indagine su tutte quelle circostanze di causa, sia in fatto che in diritto, all'apprezzamento delle quali il magistrato di merito ha proceduto in forza di altre norme e di altri principî, che non siano le clausole della convenzione; poi, che nell'ambito in cui deve aver luogo la applicazione della convenzione, il giudice debba limitare la propria indagine solamente nella cerchia dei fatti quali emergono dal contesto della sentenza, e vedere se, dati quei fatti, così come furono accertati ed insindacabilmente apprezzati dal tribunale straniero, siano state rispettate le clausole della convenzione.

Queste conclusioni sono, a mio giudizio, inaccettabili, perchè non corrispondono, nè ad una corretta interpretazione della convenzione, nè alla natura del giudizio di delibazione, qual'è regolato dalla nostra legge. Al pari degli altri scrittori e della giurisprudenza, l'Ottolenghi non mette in dubbio che il giudice debba accertare l'osservanza delle clausole della convenzione. Il suo proposito è unicamente quello d'intendere quest'esame

in modo da mantenerlo in armonia con quelli che a lui paiono caratteri fondamentali del giudizio di delibazione. L'importanza e l'originalità del suo studio sta tutta qui. Io non credo che la convenzione abbia imposto agli Stati, e la legge italiana 7 settembre 1905 abbia ordinato al giudice di compiere tutte le indagini comprese nella generale locuzione dell' articolo 7, interpretato letteralmente; e di ciò, appunto, il seguito di questo lavoro deve fornire la dimostrazione. Ma è lecito aggiunger fin d'ora, che, se veramente l'art. 7 stabilisse l'obbligo del magistrato italiano di accertare che furono osservate le clausole della convenzione, sarebbero affatto ingiustificati i limiti, che l'Ottolenghi vorrebbe assegnare a quest' indagine, in nome dei caratteri peculiari dell' istituto della delibazione. Io credo, anzi, che, accettata la di lui premessa, si dovrebbe arrivare a tutt' altra conclusione; e cioè ad una revisione completa ed affatto indipendente del giudicato straniero per tutto quel che si riferisce all' applicazione della convenzione, perchè il magistrato di delibazione incontra dei limiti quanto ai punti da esaminare, ma in questi giudica *ex novo* e con piena indipendenza dall' apprezzamento del magistrato straniero. La divergenza cade quì sul modo d'intendere l'istituto della delibazione; e siccome a questo dovremo di continuo riferirci nel corso del nostro lavoro, gioverà determinarne subito, con la maggior brevità possibile, il concetto ed i caratteri.

4. Il principio fondamentale da cui muove il ragionamento dell'Ottolenghi, cioè che il giudizio di delibazione presupponga l'estraterritorialità della giurisdizione, è, in realtà, una delle tante frasi, che si son fatte assorgere a dignità ed ufficio di regole giuridiche indefettibili e rigorose, senza averne prima determinato criticamente il vero contenuto ed il valore.

La giurisdizione, come funzione di sovranità, tanto si estende quanto la sovranità medesima: l'efficacia della sentenza, come atto giurisdizionale, è dunque, per natura sua, circoscritta allo Stato che la pronunzia, non potendosi concepire che il comando di uno Stato, e tale è sempre l'atto giurisdizionale, abbia di per sè valore in un altro Stato. Efficacia della sentenza vuol dire infatti, in ogni caso, obbligo di accettare come diritto quello che in essa è dichiarato esser tale: ora, quest' obbligo non può sorgere per gli organi della sovranità italiana che in forza di un comando di questa sovranità; ammettere il contrario, sarebbe come ammettere che uno Stato possa esercitare una potestà d'impero sugli organi di un altro Stato, che è quanto dire sullo Stato medesimo. L'efficacia delle sentenze straniere, in ogni sua manifestazione — e quindi anche soltanto come divieto di rimettere in discussione il già deciso — riposa dunque esclusivamente sulla volontà dello Stato: se il giudice italiano accetta e rispetta una decisione straniera, non lo fa perchè questa abbia per lui valore di sentenza, come starebbe ad indicare la frase *estraterritorialità della giurisdizione*, ma perchè la legge sua glie lo comanda (1).

(1) Confr. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, 4ª ed., Tübingen und Leipzig 1901, vol. III, pag. 375; Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, Leipzig 1903, pag. 122.

Il comando della legge può essere il prodotto di una libera determinazione dello Stato, suggerita dal desiderio di provvedere nel modo migliore al soddisfacimento di quei molteplici interessi e bisogni, che rendono ormai incompatibile con la realtà della vita l' integrale rinnovazione del giudizio, tutte le volte che sia necessario desumerne degli effetti in un paese diverso da quello dove prima ebbe luogo. Può essere invece la conseguenza di un obbligo assunto dallo Stato verso un altro Stato, per mezzo di un trattato internazionale. Il dovere del giudice riposa sempre sul comando dello Stato, sia questo generale, come nel primo caso, o particolare, come nel secondo; ma lo Stato, che nel primo caso è libero di disporre come vuole e non incontra, nell'esercizio di questa sua libertà, altri limiti che di pura convenienza, è invece vincolato nel secondo, e deve coordinare il comando che rivolge al giudice con gli obblighi che ha assunto verso lo Stato straniero. Le disposizioni speciali volute dall' adempimento di questi obblighi derogano naturalmente a quelle generali, che lo Stato ha creduto bene di adottare per tutti quei casi, in cui non è tenuto a disporre diversamente; e questo appunto è il concetto espresso in modo così chiaro dall' art. 950 del cod. di proc. civ.

Il principio generale che l' efficacia delle sentenze straniere riposa, in ogni caso, sulla legge interna, è però suscettivo di applicazioni molto diverse. Un legislatore potrebbe spingere la sua fiducia nell' amministrazione della giustizia degli altri Stati fino al punto di riconoscere senz' altro e sempre le loro sentenze, come capaci di spiegare effetti nello Stato. Anche in questo caso le sentenze straniere sarebbero efficaci perchè la legge lo vuole; ma la loro efficacia deriverebbe direttamente dalla norma che riconoscerebbe l' attività giurisdizionale straniera, come l' efficacia delle leggi straniere deriva dalla norma interna, che ne ordina l' applicazione. Nel diritto positivo dei vari Stati, e nel nostro in particolare, ha prevalso però un sistema diverso: il riconoscimento delle sentenze straniere é fatto caso per caso dal magistrato nazionale, cui è rimesso di accertare se sussistono le condizioni determinate dalla legge. Il sistema deriva logicamente dal concetto che non tutte le sentenze straniere possono essere riconosciute, ma soltanto quelle che rispondono a certe condizioni: è, insomma, un sistema intermedio fra quello di assoluta fiducia, che porterebbe a riconoscere tutte le sentenze straniere, e quello di assoluta sfiducia, che porta ad ignorarne fin l' esistenza (1).

L' efficacia delle sentenze straniere in Italia deriva dunque dalla legge italiana per mezzo di un atto del magistrato italiano, perché nell' ambito della sovranitá italiana non può aver luogo qualsiasi manifestazione della potestà d' impero di un altro Stato. Ciò equivale a dire che l' atto con cui il giudice italiano riconosce la sentenza straniera imprime il valore formale di un atto della sovranità italiana al contenuto dell' atto giurisdizionale straniero (2). Nella sentenza, come in generale in ogni atto del potere sovrano, si possono

(1) Confr. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 2ª ed., Leipzig 1906, pag. 286.

(2) La cosa non sarebbe diversa in un sistema, che attribuisse efficacia alle sentenze straniere indipendentemente da ogni accertamento giudiziale: il riconoscimento, invece di esser fatto dal giudice volta per volta, sarebbe fatto dal legislatore con una norma generale, che assumerebbe le sentenze straniere al livello di atti giurisdizionali italiani.

distinguere il contenuto e la sanzione: il contenuto è ciò che si comanda, la sanzione è l'atto d'impero, il comando. Questo deve necessariamente emanare dagli organi che hanno la potestà d'impero; invece è possibilissimo che il contenuto provenga da persone che ne sono sfornite. Il precetto legislativo non può emanare che dagli organi a cui la costituzione attribuisce questo potere; ma il contenuto della legge può benissimo essere opera di privati, di commissioni tecniche, di organi amministrativi, e via dicendo (1). Così dicasi della sentenza: l'attuazione obbligatoria della legge in un caso concreto è opera esclusiva degli organi del potere giurisdizionale; ma nulla si oppone a che il giudizio logico, che ne costituisce il contenuto, sia formulato da persone, che non hanno la potestà giurisdizionale. Un esempio importante se ne ha nelle decisioni degli arbitri (2), che lo Stato assume a contenuto di un atto giurisdizionale (cod. proc. civ. art. 24); ed un altro se ne ha appunto nel caso nostro. L'atto giurisdizionale è opera del magistrato italiano; ma questi assume come contenuto del proprio provvedimento il giudizio logico del magistrato straniero: il contenuto della sentenza straniera diviene in tal modo il contenuto di una sentenza italiana.

La sentenza straniera costituisce dunque per il giudice italiano un semplice giudizio logico, che egli, nel concorso di determinate condizioni, deve assumere come base di un nuovo atto giurisdizionale; sicchè l'effetto del giudizio di delibazione non è di ammettere la sentenza straniera ad operare nello Stato, ma bensì di emanare un atto giurisdizionale, che accerti, comandi, attui nello Stato, quello che il giudice straniero ha potuto validamente accertare, comandare, attuare nel proprio Stato soltanto. Dal punto di vista formale, non si ha una sentenza sola, che spiega effetto in due Stati, bensì due sentenze, ciascuna delle quali efficace soltanto nell'ambito della sovranità da cui emana; ma il loro contenuto è identico, perchè ambedue riposano sopra un'unica attività logica, e per tal via si raggiunge lo scopo di attuare la medesima volontà di legge in Stati diversi, senza la rinnovazione integrale del giudizio, che precede l'atto giurisdizionale.

Dopo ciò, non vi è bisogno di spender molte parole per dimostrare che, nell'esame del giudicato straniero, il magistrato di delibazione non può incontrare altri limiti giuridici, che quelli stabiliti dalla legge italiana. La sentenza straniera non ha per lui alcun carattere obbligatorio: obbligato il giudice è unicamente dalla nostra legge, la quale gl'impone di emanare un dato provvedimento, secondo che esistono o no certe condizioni. Ma se la legge impone al giudice di accettare la decisione del magistrato straniero qualora presenti

---

(1) Confr. Laband, *op. cit.*, vol. II, pag. 3 segg. La distinzione formulata da Laband è accolta da Zorn, *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, 2ª ed. Berlin 1895, pag. 407 segg.; Seligmann, *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag. I. Der Begriff des Gesetzes*, Berlin 1886, pag 131 e segg.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, pag. 314 segg. Per maggiori indicazioni bibliografiche, e per alcune critiche alla teoria, vedasi Laband, *loc. cit.*, nota 2 a pag. 5.

(2) Confr. Chiovenda, *Principî di diritto processuale civile*, 2ª ed. Napoli 1908, pag. 90 e seg. S'intende che questo presuppone ammesso che gli arbitri non sieno organi di giurisdizione: confr. su ciò Rocco, *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 38 e segg., Schmidt, *op. cit.*, pag. 152 e segg., ed ora largamente Fedozzi, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo 1908, parte prima, pag. 5 segg.

certi caratteri o concorrano certe condizioni, di respingerla in caso contrario, sarebbe una contradizione nei termini subordinare in qualsiasi modo l'apprezzamento del giudice, rispetto all'esistenza di tali caratteri e condizioni, a quello che ha ritenuto in proposito il magistrato straniero. L'opinione contraria deriva, consciamente o no, dalla falsa idea che il giudice italiano abbia dinanzi a sè una sentenza, che egli non può non rispettare come tale. Invece la sentenza esiste soltanto nello Stato straniero: di fronte al giudice italiano non vi è che la materia logica di una sentenza, che egli dovrà eventualmente assumere a contenuto di una nuova sentenza, la quale sola avrà in Italia l'efficacia propria dell'atto giurisdizionale. Epperò la nostra legge circoscrive gli obietti su cui deve cadere l'esame del magistrato di delibazione, ma, nei detti obietti, non ne limita affatto la libertà di apprezzamento. Rispetto a questi, ossia a tutto ciò che il giudice italiano deve esaminare e decidere, il suo giudizio è completamente indipendente, sì in linea di fatto che di diritto, dal giudizio del magistrato straniero (1).

Per queste ragioni, la conclusione dell'Ottolenghi, la quale, in sostanza, si riduce a dire che il giudice di delibazione deve portare il suo esame sull'osservanza delle clausole della convenzione, ma subordinando, per vari riguardi, il proprio apprezzamento a quello del magistrato straniero, lungi dal rispettare, disconosce e falsa la natura giuridica del giudizio di delibazione. Peggio poi quando vuol limitare l'indagine del magistrato italiano ad una revisione in diritto della sentenza, sulla base dei fatti irrevocabilmente accertati nel giudizio straniero: egli crea così una distinzione che non trova nella legge fonda-

---

(1) Il concetto è formulato, dagli scrittori e dalle sentenze, talora in termini generali, più spesso in rapporto all'indagine sulla competenza del tribunale straniero. Confr.: La Loggia, *L'esecuzione delle sentenze straniere*, Torino 1902. n. 189; Diana, *Sull'obbligo del magistrato di delibazione di compiere tutte le indagini indicate nell' art. 941 cod. proc. civ*, nel *Foro it.*, 1907, I, 1009; *La sentenza straniera e il giudizio di delibazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. III, 1908, pag. 81 segg.; De Rossi, *L'esecuzione delle sentenze e degli atti esteri in Italia*, 2ª ed., Livorno 1890, n. 98; Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. VI, n. 1245; Cuzzeri, *Il codice di procedura civile italiano illustrato*, sull'art. 941. n. 11; Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, vol. I, parte 3ª, Torino 1884, n. 141: Appello Lucca, 26 aprile 1867 (*Annali della giurisprudenza italiana*, vol I, p 2ª, pag. 287) e 12 gennaio 1871 (*ibid.* 1871, II, 51); Appello Brescia, 14 settembre 1875 (*Mon. trib.*, 1875, 1109); Appello Genova, 4 aprile 1881 (*Giur it.*, 1881, II, 246); Cass. Roma, 20 maggio 1889 (*Foro it.*, 1889, I. 793); Cass. Palermo, 11 aprile 1893 (*Legge*, 1893, I, 769); Cass. Torino, 14 giugno 1894 (*Giur. it.*, 1894, I, 1, 775). Si citano alcune decisioni in senso contrario; ma in realtà, se prescindiamo da quella della Corte d'appello di Milano del 21 novembre 1888, (*Mon. trib.*, 1888, 1015), la quale dice genericamente che il giudice di delibazione, per vedere se la sentenza estera sia stata pronunziata da un tribunale competente, deve desumere i criteri della propria pronuncia dallo stato di fatto che la sentenza ritenne e le servì di base, senza poterlo esaminare *ex novo*, più che vere e proprie negazioni del principio formulato nel testo, troviamo delle soluzioni determinate dalla peculiarità del caso concreto o dei concetti indeterminati ed inesatti. Così la sentenza della Cass. di Firenze, 23 dicembre 1867 (*Annali*, 1868, I, 35), respinge l'idea che il falso supposto di fatto possa essere addotto dal giudice di delibazione come motivo di rifiutare l'esecutorietà: la Corte di Lucca, nella sentenza 19 dicembre 1879 (*Giur. it.*, 1880, I, 2, 424), accoglie l'eccezione di regiudicata sulla questione di competenza, ma desumendola *anche* da precedenti decisioni italiane: altre sentenze, infine, parlano semplicemente di una *presunzione di legalità* degli atti compiuti dal magistrato straniero, per desumerne delle conseguenze circa l'onere della prova; così App. Venezia, 20 gen-

mento di sorta, ed è anzi in contrasto sostanziale e diretto coi caratteri del giudizio di delibazione. Altri paragonò già, con manifesto errore, questo giudizio ad un giudizio di appello: l'Ottolenghi ne farebbe ora quasi un giudizio di cassazione, ed anzi a questo espressamente lo ravvicina. Ma la verità è che il giudizio di delibazione non è affatto una prosecuzione o integrazione del giudizio straniero: è un giudizio nuovo su obietti determinati e, su questi, autonomo e completo.

L'armonico contemperamento dell'art. 7 della convenzione coi principî generali del nostro diritto in materia di esecuzione delle sentenze straniere va desunto da un altro ordine di considerazioni, che invece di condurre ad un'arbitraria, incerta, contradittoria limitazione dei poteri del giudice, conduce, mediante una più rigorosa interpretazione del rapporto che passa fra il trattato internazionale e la legge, ad una diversa determinazione degli obietti dell'indagine giudiziaria.

Parte Prima — Teoria generale

CAPO PRIMO

Il contenuto della legge interna corrispondente ad un trattato internazionale.

5. Il trattato, come atto giuridico internazionale, dà vita soltanto a diritti e doveri degli Stati fra loro; ossia non può, di per sè, spiegare efficacia alcuna nell'ordine giuridico interno (1). Così la convenzione 12 gennaio 1902 ha potuto dar vita al dovere reciproco degli Stati di riconoscere le sentenze di divorzio e di separazione personale, pronunziate in determinate condizioni; ma le norme, che in ogni Stato assicurano o permettono questo

naio 1893 (*Temi veneta*, 1893, 225), e App Genova, 11 dicembre stesso anno (*Legge*, 1894, I, 89). — Altra è poi la questione se il magistrato italiano possa accordare o disporre nuovi mezzi istruttori. Credo che dal concetto del giudizio di delibazione, nel quale sono limitati gli obietti dell'indagine, non l'apprezzamento del giudice, derivi altresì la libertà di questo di valersi di ogni mezzo, che egli reputi conveniente alla formazione del proprio convincimento: nè vedo ragioni in contrario, se non sia la frase *giudizio di delibazione*, che, presa alla lettera, sembra escludere l'aggiunta di nuovi incombenti; ma appunto la frase ha, nel caso nostro, tutt'altro significato, perchè non designa un esame sommario del giudicato straniero, ma un esame circoscritto a punti determinati, che escludono la revisione del merito. Non manca però chi, pure ammettendo che l'apprezzamento del magistrato italiano è del tutto indipendente da quello del giudice straniero, sostiene che il giudice di delibazione deve trarre il proprio convincimento soltanto da quelle prove, sulle quali fondò il suo il tribunale straniero, nel giudizio che è oggetto della delibazione: in questo senso, Diana, *loc. cit.*

(1) Questo principio è stato largamente ed esaurientemente dimostrato dalle dottrine pubblicistiche contemporanee. Vedansi, fra i molti, Laband, *op. cit.*. vol. II, pag. 114 e segg.; Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895, vol. II, pag. 459; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, pag. 115 e segg.; Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna 1905, pag. 101, 109 e altrove; Donati D., *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, vol. I, Torino 1906, pag. 300 e segg.

riconoscimento, non derivano dalla convenzione, bensì da un atto interno, compiuto dai singoli Stati per adempiere il dovere giuridico internazionale nascente dalla convenzione (1).

Questo principio, conseguenza logica necessaria della natura giuridica del trattato e della separazione fra il diritto internazionale e l'interno, così ben dimostrata dalla più

---

(1) La differenza fra trattato e legge, nella concezione esposta nel testo, che vuol rimanere però rigorosamente nell'ambito del diritto positivo, ha la sua base nella distinzione dei due ordinamenti giuridici (internazionale ed interno) a cui l'uno e l'altra rispettivamente corrispondono. E così intesa, essa non vien meno nell'ipotesi (di cui storicamente e in diritto comparato non mancano importantissimi esempi) che il popolo medesimo direttamente eserciti, o ad uno stesso organo della rappresentanza popolare siano affidate sì la potestà legislativa, sì la potestà dei trattati, e le esercitino con le identiche discipline e forme. Perocchè, anche in questo caso, lo Stato, come subietto di diritti e di doveri in confronto all'altro Stato, sarebbe obbligato dalla convenzione, in forza della norma giuridica interstatuale che attribuisce ai trattati, debitamente stipulati, efficacia obbligatoria. Mentre l'obbligazione dei cittadini e degli organi di fare ciò che è necessario ad eseguire il trattato non vi potrebbe pur avere la sua base che nella sola volontà del popolo, o del suo organo, manifestata, sia pure implicitamente e col fatto stesso della stipulazione, insieme all'altra che *concorre* a dar vita al trattato; e così dunque in una *legge speciale* (concepita anche, in riguardo a date epoche storiche e forme costituzionali, come un patto essa stessa, ma interno, sociale); oppure in un *principio generale di diritto interno*, che dal fatto stesso della promessa, legalmente rivolta ad un altro Stato, facesse derivare senza più l'obbligo di compiere tutti gli atti necessari ad adempierla.

Questa seconda ipotesi si verifica anche in quelle costituzioni moderne, che, con disposizione preventiva e generale, dichiarano una volontà dello Stato diretta ad imporre l'osservanza di quelle norme giuridiche, che saranno richieste dai trattati, che lo Stato stesso fosse, quando che sia, per stipulare. L'esempio più importante ci è fornito dall'art VI, Sez. 2ª, della costituzione federale degli Stati Uniti d'America secondo cui « *This Constitution and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land, and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State of the contrary notwithstanding* ». L'opinione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza nord-americana ritiene appunto che, in forza di questa disposizione, il trattato abbia senza più efficacia di obbligare come legge dello Stato federale: confr. su ciò, Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 5 ed., by Bigelow, vol II, Boston 1891, pag, 603 e segg.; Kent, *Commentaries on American Law*, 14ª ed., by Gould, Boston 1896, vol. I, pag. 284; Moore, *Digest of international Law*, Washington 1906, vol. V, pag. 221 e segg. Le decisioni più notevoli della giurisprudenza americana su questo testo sono riassunte ed analizzate dal Kaufmann, *Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und das Verhältniss der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben*, Stuttgart 1899, pagg. 44 segg., 74 segg., il quale ne desume conseguenze contrarie a quelle da me esposte nel testo. Debbo però aggiungere che recenti scrittori e decisioni hanno ritenuto che l'efficacia dei trattati come *suprema legge* dello Stato, non appartiene a tutti immediatamente, ma soltanto a quelli che, per esser portati ad esecuzione, non richiedono un'attività legislativa; gli altri si rivolgono appunto a questa attività, e non a quella giudiziaria, nel senso della costituzione, che, avendo delegato certi poteri alle Camere legislative, non vuole prescindere dalla loro approvazione ogni volta che l'esecuzione del trattato rientra nella sfera di quei poteri: vi sarebbero così dei trattati, che, pur essendo validi come obbligazioni internazionali, non costituirebbero la *suprema legge* dello Stato di cui parla la costituzione, finchè non è intervenuta l'approvazione delle Camere. Vedasi su ciò, e in questo senso appunto, un interessante articolo di P. Anderson Chandler, *The extent and limitations of the treaty making power under the Constitution*, nell'*American Journal of international Law*, vol. I, 1907, pag. 636-670; e Moore, *op. cit*, vol. V, pag. 222.

Posto che la distinzione fra trattato e legge non dipende necessariamente dalla differenza, invero

recente dottrina, è ormai, nella sostanza, ammesso generalmente (1); ma sono poi tutt'altro che chiare e coerenti le idee intorno al di lui vero significato ed agli effetti che ne derivano.

Un'opinione largamente diffusa, tanto nella dottrina che nella pratica, pur ammettendo che il trattato, come tale, non può avere efficacia nei rapporti interni, ritiene che possa acquistarla in forza di un comando emanato a tal fine dalle competenti autorità statuali. Quando, cioè, il trattato è di tal natura da richiedere, per la sua attuazione, una modificazione dell'ordine giuridico interno, questa, secondo l'opinione prevalente, si produrrebbe mediante l'ordine di osservarlo, emesso dallo Stato e, come tale, idoneo ad obbligare tutti coloro che sono soggetti all'autorità dello Stato medesimo. Con l'ordine di osservare il trattato, le singole disposizioni di questo acquisterebbero, in quanto idonee (2),

---

accidentale e transitoria, degli organi cui spetta la potestà legislativa e dei trattati, si dimostra senza altro infondata l'opinione di quelli scrittori che, preoccupati soltanto dell'intervento dell'organo legislativo quando si tratta d'imporre obbligazioni ai cittadini, ritengono l'efficacia immediata e diretta del trattato a condizione che, nella stipulazione, sia comunque intervenuta l'approvazione parlamentare: così il Kohler, nell'articolo di cui faccio cenno nella nota seguente. L'intervento degli organi legislativi nella stipulazione del trattato (a parte, pure, la questione della natura giuridica di tale intervento, su di che vedasi, ad es., Donati, *op. cit*, pag. 544 segg.) non può certamente mutarne il carattere: il trattato resta sempre un trattato, comunque siasi formata la volontà statuale che concorre a dargli vita, e quindi è efficace soltanto nei rapporti fra gli Stati contraenti e rispetto alla loro qualità di soggetti del diritto internazionale. Altra è poi la questione se l'approvazione parlamentare abbia per effetto di modificare il procedimento ulteriore necessario ad emanare le norme interne; se, per esempio, il potere amministrativo non sia per ciò solo autorizzato (in forza di una tacita delegazione?) ad emanare l'ordine di esecuzione del trattato, quantunque rientri nella sfera legislativa. La questione è di diritto costituzionale e non può esser risolta che di fronte alle singole costituzioni.

(1) Per un esame critico di qualche teoria contraria vedi Donati, *op. cit.*, pag. 305 e segg. Recentissimamente il Kohler (*Völkerrecht als Privatrechtstitel*, nella *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, vol. II, pag. 209 e segg.) ha voluto sostenere la possibilità che alcuni trattati, per volontà medesima degli Stati che li concludono, agiscano *quasi per legem*, attribuendo direttamente ai privati diritti e pretensioni determinate. Ma, a parte altre obiezioni, l'impossibilità di questa concezione è dimostrata dal fatto che gl'individui non dipendono dalla potestà degli Stati contraenti, nel loro complesso ed in tale qualità, sibbene da ciascuno di essi, come subietto d'impero nell'organizzazione giuridica che in lui e per lui si costituisce; onde, il comando che dà vita ai diritti individuali deve necessariamente emanare dallo Stato singolo e nella forma di una legge interna. La comunità giuridica costituita da un trattato, in cui il Kohler (pag. 226) ripone il fondamento di un diritto iperstatuale degli individui, non è altro che un rapporto di diritto fra gli Stati; ben diverso, quindi, dalla comunità giuridica che si organizza nello Stato federale (persona giuridica), costituendo una potestà suprema a cui sono in pari tempo soggetti gli Stati particolari e gli individui che li compongono, e dalla quale perciò questi possono ricevere dei comandi direttamente, senza l'intermezzo dello Stato particolare al quale appartengono.

(2) Questa riserva, nella quale, a chi ben guardi, si contiene già il germe degli ultimi sviluppi a cui mi è parso di dover condurre la distinzione fra trattato e legge, è necessaria anche per la dottrina finora prevalente, nella quale non è mancato chi abbia messo in luce che non tutte le disposizioni di un trattato possono divenire leggi interne: ricordo specialmente il Seligmann, *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag*, parte 2ª, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, Freiburg i. B. 1890, pag. 210 e segg. Tuttavia l'opinione del Seligmann differisce sostanzialmente da quella ch'io sostengo, perchè ha riguardo soltanto al fatto che il comando di uno Stato non può

carattere e valore di norme giuridiche interne, si trasformerebbero in un diritto statuale capace di vincolare la condotta dei singoli organi e dei sudditi; talchè, ad ognuna di quelle disposizioni, efficace soltanto nei rapporti internazionali, corrisponderebbe un' identica norma, legislativa o regolamentare secondo che l' ordine fu emanato con legge o con decreto, efficace nei rapporti interni: il contenuto materiale del trattato diventerebbe così il contenuto materiale di una legge o di un regolamento corrispondenti (1). E quindi, nel caso nostro, all'art. 7 della convenzione 12 giugno 1902, che obbliga gli Stati firmatari a riconoscere le sentenze straniere di divorzio nel concorso di quelle date condizioni, corrisponderebbe, in forza della legge 7 settembre 1905, un'identica disposizione di diritto interno italiano, che impone al giudice di riconoscere le stesse sentenze nel concorso di quelle stesse condizioni. La conseguenza che ne deriva, e che tutti infatti ammettono senza neppure dubitarne, è che il giudice italiano deve esaminare se il magistrato straniero ha osservato le clausole della convenzione, qualunque sia la natura delle indagini richieste ed il rapporto in cui si trovano con altri principî della nostra legislazione. Ed infatti, se veramente il giudice si trovasse di fronte ad una disposizione di legge identica a quella contenuta nell' art. 7 della convenzione, come sarebbe possibile venire ad una conclusione diversa?

---

estendersi all' *intero contenuto* del trattato, che stabilisce anche diritti e doveri esclusivamente propri degli altri contraenti, mentre, secondo me, il contenuto del trattato, come tale. non diventa mai, *in nessuna parte*, contenuto di una legge. Praticamente, ne consegue questa differenza, che secondo il Seligmann, o non si hanno disposizioni di legge o, se si hanno, sono le stesse disposizioni del trattato; secondo me, invece, si possono avere norme giuridiche interne, emanate con l'ordine di osservare il trattato, che non corrispondano affatto alle disposizioni di questo, sebbene riguardino l'adempimento del dovere proprio dello Stato.

(1) Il concetto è espresso in forme diverse e da scrittori che intendono assai diversamente la natura giuridica del trattato ed i suoi rapporti con la legge interna; anche il significato delle espressioni adoperate non è sempre il medesimo, e con le citazioni che seguono non s' intende affatto di accomunare indirizzi diversi, ma soltanto di mostrare la grande diffusione di un concetto, che, inteso e svolto logicamente, non è conciliabile con la distinzione fra trattato e legge, affermata da molti di quelli scrittori che qui si ricordano. Vedansi ad es., fra i molti: E. Meier, *Ueber den Abschluss von Staatsverträgen*, Leipzig 1874, pag. 329 e segg; Saredo, *Trattato delle leggi* ecc., Firenze 1871, § 187, e nella *Legge*, 1899, I, 391 e segg.; Laghi, *Teoria dei trattati internazionali*, Parma 1882, pag. 12; v. Stengel, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Stuttgart 1886, pag 27; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 3ª ed., Leipzig 1891, pag. 568 e seg.: Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, pag. 362; Blumer Morel, *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, 2ª ed., Basel 1887, vol. II, 2, pag. 350, 355; Schultze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 2ª ediz., vol. I, Leipzig 1888, pag. 13; v. Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover 1889, vol. I, pag. 144 e seg; Seligmann, *op cit.*, pag. 7 e segg.; Morelli, *La funzione legislativa*, Bologna 1893, pag. 172; Racioppi, *Commento allo Statuto*, vol. I, Roma 1901, pag. 338; Heilborn, *Völkerrecht*, pag. 1008 (dalla *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* del v. Holtzendorff e del Kohler); Riess, *Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften bei Staatsverträgen*, Breslau 1904, pag. 15, 20 ecc. (*Abhandlungen aus dem Staats-und Verwaltungsrecht hrsg. von* S. Brie, Heft 10); Bendix, *Fahnenflucht und Verletzung der Wehrpflicht durch Auswanderung*, Leipzig 1906, pag. 18, 19, 20, 214 ecc. (*Staats-und völkerrechtliche Abhandlungen* di Jellinek e Anschütz, vol. V); Fedozzi, *Il diritto processuale civile internazionale. Parte generale*, Bologna 1905, pag. 374 e segg.: Ullmann, *Völkerrecht*, 2ª ed., Tübingen 1908, pag. 47; ecc. ecc.

Ma questa teoria non esprime, secondo me, che una parte della verità, perchè tien conto soltanto del momento formale di distinzione (1) fra trattato e legge, e trascura o non vede che anche il contenuto materiale dell'uno e dell'altra non può non essere diverso, nonostante qualsiasi apparenza in contrario. La dimostrazione di questo punto, che completa lo svolgimento logico di risultati ormai acquisiti alle dottrine pubblicistiche contemporanee, costituisce la base di tutte le mie considerazioni sul tema preso a trattare: mi si permetta dunque di fermarmici alquanto.

Riconosciuto che l'ordine giuridico internazionale e l'interno sono assolutamente distinti fra loro, sia per la fonte da cui emanano le norme, sia per i rapporti che rego-

---

(1) La teoria dell'*ordine di esecuzione* fu, in sostanza, il risultato e l'espressione giuridica della distinzione che si era venuta introducendo e via via sempre più si era affermata nel diritto pubblico interno fra la competenza a stipulare i trattati e la competenza ad emanare norme giuridiche. Quando l'una e l'altra si riunivano nella persona del monarca, il quale poteva con la sua sola volontà obbligare lo Stato verso altri Stati e dettar norme alla condotta degli individui e degli organi, la distinzione fra trattato e legge, pur avendo sempre il medesimo significato e valore razionale, non avrebbe presentato importanza pratica di sorta, o soltanto una limitatissima per le forme che il monarca avesse imposto a sè stesso nell'esercizio della funzione legislativa. Ma via via che questa funzione cessava di appartenere alla competenza esclusiva del capo dello Stato, mentre il potere di stipulare i trattati continuava, con più o meno ristrette eccezioni, a far parte della prerogativa regia, dovè palesarsi la necessità di distinguere nettamente quei due momenti e le conseguenze giuridiche proprie dell'uno e dell'altro. Confr. Zoepfl, *Das Zustimmungsrecht der Landstände zu staatsrechtlichen Verträgen*, Freiburg i. B. 1860, e del medesimo *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, 5° ed., Leipzig u. Heidelberg 1863, p. II, pag. 387 e segg.: per la storia costituzionale inglese, particolarmente istruttiva in proposito, vedasi Gneist, *Gutachten über die Auslegung des Art. 48 der Verfassungsurkunde*, in appendice al libro di E. Meier citato nella nota precedente. Sono note le discussioni e le incertezze che ne derivarono, nella dottrina e nella pratica di quasi tutti gli Stati, per conciliare le opposte esigenze, che erano così venute a trovarsi in conflitto. La teoria che fa dipendere l'efficacia del trattato nel diritto interno da uno speciale ordine (espresso o no) di osservarlo, permise ed assicurò nel miglior modo questa conciliazione, perchè, affermando l'efficacia internazionale del trattato come cosa diversa dal di lui valore obbligatorio nello Stato, rispetta la competenza a stipulare, ossia ad obbligare internazionalmente lo Stato, in quanto propria di organi diversi da quelli che hanno la competenza ad emanare norme di legge, e dall'altro lato assicura che la competenza di questi non sarà indirettamente violata da altri organi, mediante la stipulazione di trattati. Posta quella distinzione, infatti, era agevole desumerne che l'ordine di esecuzione è valido se ed in quanto sia emanato da chi ne aveva il potere; e però, in mancanza di norme speciali, dagli organi della funzione legislativa tutte le volte che deve spiegare effetti nella sfera propria di questa; e si poteva pure, con ogni rigore logico, desumerne la identità di valore formale delle norme così emanate con quelle della stessa specie già vigenti nello Stato o che vi acquistassero forza in seguito, e su questa base risolvere, con piena coerenza, tutti i problemi nascenti da un eventuale conflitto delle norme medesime. Per questo lato e da questo punto di vista, si può dire che i risultati dei più recenti studi sull'argomento erano già virtualmente compresi in quella teoria. La quale però, sorta per le ragioni e con gl'intenti ora detti, non vide o non si curò di vedere che alle disposizioni del trattato non manca soltanto il valore formale di norme giuridiche interne, l'imperativo proprio della legge, ma anche il contenuto proprio di questa: trattato e legge non sono due imperativi con un medesimo contenuto, ma imperativi diversi con diverso contenuto. Certamente, il modo nel quale di solito vengono redatti i trattati internazionali, che richiedono allo Stato un'attività legislativa, fa sì che in molti casi questa diversità di contenuto non si avverta; ma ciò non toglie che esista, ed il tenerne conto è condizione indispensabile per ben risolvere tutte le questioni che nascono nella cosiddetta applicazione dei trattati nel diritto interno.

lano (1), bisogna arrivare logicamente alla conclusione che le disposizioni di un trattato hanno sempre un contenuto diverso da quelle di una legge interna, perchè si riferiscono a diverse specie di rapporti; rapporti fra gli Stati le prime, rapporti fra individui o fra questi e lo Stato le seconde.

Oggetto del trattato, che è una promessa, non può essere che una determinata attività (legislativa, amministrativa, giurisdizionale) propria dello Stato; oggetto della legge, che è un comando, il regolamento di rapporti sottoposti alla potestà statuale. Di qui deriva che un comando di osservare o di eseguire il trattato, rivolto dallo Stato ai sottoposti, è una contradizione nei termini: se oggetto del trattato è una determinata attività statuale, lo Stato solo è in grado di osservarlo e di eseguirlo, esplicando l'attività promessa; comandando di osservare il trattato, lo Stato comanderebbe l'impossibile, perchè richiederebbe da altri ciò che egli solo può fare (2). E ne deriva altresì che non è concepibile una trasformazione delle disposizioni del trattato in norme giuridiche interne: lo Stato non può attribuire carattere di legge a disposizioni che regolano un rapporto fra lui ed altri enti coordinati ed autonomi, ossia un rapporto necessariamente sottratto alla sua potestà di impero. Trattato e legge sono dunque distinti, non solo formalmente, ma anche sostanzialmente: le norme giuridiche che entrano in vigore nello Stato, in seguito ad un trattato internazionale, non sono mai le disposizioni stesse del trattato, ma altre diverse (3).

In questi termini generali, la conclusione apparisce subito di un'evidenza indiscutibile, e, come dissi, semplice conseguenza logica d'idee fondamentali quasi universalmente ammesse. Ma il trattato internazionale può, ed in taluni casi deve, determinare più o meno esattamente il contenuto dell'attività legislativa imposta agli Stati contraenti. Il modo nel quale avviene questa determinazione, combinato col procedimento invalso quasi dovunque per l'emanazione delle norme richieste, spiega come abbia potuto prevalere una teoria, la quale, partendo dal concetto di una netta separazione fra trattato e legge, arriva ad un risultato che la disconosce e la nega; nello stesso tempo ci mette sulla strada di una concezione più esatta e completa dei vari rapporti che posson intercedere fra il testo del trattato e le norme giuridiche interne ad esso corrispondenti.

Il caso più semplice e meno frequente è quello di un trattato il quale imponga esplicitamente agli Stati contraenti di emanare certe leggi, limitandosi ad indicarne il contenuto in modo più o meno sommario. Se, per esempio, il trattato dichiara che — *gli Stati contraenti si obbligano a promulgare una legge sulla tal materia* — (4), oppure — *ad adat-*

---

(1) È la tesi egregiamente dimostrata dal Triepel nel suo lavoro magistrale sul diritto internazionale ed interno, citato sopra.

(2) Per un maggiore svolgimento di questi concetti rimando al mio lavoro, già citato, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 115 e segg. Vedi anche Triepel, *op. cit.*, pag. 119 e segg., e Donati, *op. cit.*, pag. 316.

(3) Proprio l'opposto di quel che dice il Bendix, che è pure fra i più rigorosi nel distinguere trattato e legge dal punto di vista del loro valore formale. *Op. cit.*, pag. 214: « *Der Staatsvertrag als völkerrechtlicher Vertrag und als Vertragsgesetz ist dem Wortlaute nach übereinstimmend, die Rechtslage beider ist aber ganz verschieden* ».

(4) Dichiarazione fra l'Italia e l'Austria-Ungheria 5-29 novembre 1875 per la protezione degli

tare la loro legislazione in modo che ecc. — (1) — *a completarla con disposizioni tali che ecc.* — (2), e via dicendo, la distinzione fra il contenuto del trattato e quello della legge è così evidente, che nessuno penserebbe a scambiare una cosa con l'altra.

Ma il caso non è diverso se il trattato obbliga, esplicitamente o implicitamente, gli Stati all'emanazione di norme giuridiche interne già determinate e formulate nel trattato stesso. Anche in questo caso, come nel precedente, contenuto del trattato è la promessa di emanare norme giuridiche interne; soltanto, questa promessa è diversamente determinata. Nel primo caso, cioè, è determinata mediante la semplice indicazione dell'oggetto e dello scopo della attività legislativa richiesta, rimettendosi poi agli Stati la concreta determinazione e formulazione delle norme da emanare; nel secondo, invece, mediante la formulazione stessa delle norme, di guisa che allo Stato non resti altro da fare che emanare come legge le norme già stabilite (3). Ma queste, perchè hanno ed in quanto hanno un contenuto idoneo a divenire norme giuridiche interne, non rientrano nel contenuto del trattato, giacchè non esprimono nè possono esprimere relazioni di diritto fra le parti contraenti; e reciprocamente, se queste norme acquistano forza di legge nei singoli Stati, non è il contenuto del trattato che si trasforma in legge. Rispetto al trattato, la formulazione delle norme interne da emanare è semplicemente una modalità della determinazione dell'obbligo assunto dagli Stati: rispetto all'atto legislativo, è uno dei vari casi in cui il contenuto della norma è preparato da persone od organi diversi da quelli a cui spetta l'emanazione del comando (4).

Tuttavia, se del primo caso non abbondano gli esempi, forse perché, molte volte, non si avrebbe una sufficiente garanzia di corrispondenza dell'attività legislativa di ogni singolo Stato con quella degli altri Stati contraenti e con lo scopo voluto, il secondo è, alla sua

---

uccelli utili all'agricoltura, art. 1. « *Les gouvernements des deux parties contractantes s'engagent à prendre, par voie de législation, des mesures aptes à assurer aux oiseaux utiles à l'agriculture la protection la plus étendue, au moins dans la limite des articles suivants 3 à 5* ». *Raccolta dei trattati e convenzioni del Regno d'Italia*, pubblicata pur cura del Ministero degli affari esteri, vol. V, pag. 449. Così pure l'atto generale di Bruxelles 2 luglio 1890 per la repressione della tratta dei negri dall'Africa (*Raccolta* cit., vol. XII, pag. 308) art. 5.

(1) Convenzione di Bruxelles 5 marzo 1902 concernente il regime fiscale degli zuccheri (*Raccolta* citata, vol. XVI, pag. 320) art. 6 al 2: « *Ces États s'engagent à adapter leur législation sur le régime des sucres aux dispositions de la convention....* »

(2) Convenzione antifillosserica di Berna 3 novembre 1881 (*Raccolta* citata, vol. XI, pag. 251). art. 1: « *Les États contractants... s'engagent à compléter, s'ils ne l'ont déjà fait, leur législation interieure en vue.... Cette législation devra spécialement viser...* »

(3) Si tratta, dunque, di attività legislativa *direttamente imposta* dal trattato (confr. su ciò Triepel, *op. cit.*, pag. 299 e segg. e Donati, *op. cit.* pag. 347 e segg.) per obbligare gli Stati contraenti ad emanare *le stesse norme*, costituendo così un *diritto interno uniforme* su materia soggetta alla loro potestà. Le convenzioni postali e telegrafiche, quelle concernenti la proprietà industriale e letteraria, il diritto marittimo, i trasporti ferroviari, ecc., ne offrono certamente degli esempi; ma non è sempre facile stabilire se l'obbligazione imposta dal trattato è di *emanare quella data norma* o semplicemente di tenere una certa condotta per la quale possa anche occorrere l'esplicazione di un'attività legislativa: ciò, ad ogni modo, non può determinarsi che avuto riguardo a tutto il contenuto di un trattato.

(4) Vedi sopra pag. 115.

volta, assai meno facile e frequente di quanto si potrebbe credere a prima vista: in particolare, non si deve affatto pensare che esso ricorra tutte le volte che il testo del trattato è formulato in modo da assumere estrinsecamente l'aspetto di un possibile testo di legge interna. Anzi, il più delle volte, nè i trattati impongono l'obbligo di esplicare una attività legislativa specificatamente determinata, nè gli Stati hanno la volontà di dar vita a norme giuridiche interne esattamente corrispondenti alle formule adoperate nel trattato. E ciò specialmente per due ragioni.

Anzitutto, nel maggior numero dei casi, quello che importa agli Stati che stipulano un trattato è un risultato da conseguire, uno scopo da raggiungere, mentre nulla importano i mezzi di cui ciascuno di essi possa valersi pel conseguimento di quello scopo od effetto. Il trattato allora si limita a fissare il raggiungimento di quel dato scopo, lasciando poi libera la scelta dei mezzi, mediante i quali gli Stati potranno raggiungerlo; di guisa che, ciascuno di questi conserva la libertà di determinare per proprio conto se sia o non necessaria l'emanazione di norme giuridiche e quale, in caso affermativo, debba esserne il contenuto. In secondo luogo, poi, questa libertà è quasi sempre imprescindibilmente richiesta dalle differenze che passano fra gli ordinamenti giuridici interni dei vari Stati. Sono ben pochi i casi in cui gli Stati che prendono parte ad un trattato hanno una legislazione talmente simile, da potere senz'altro stabilire, in termini uguali e precisi, quante e quali disposizioni dovranno emanare perchè il trattato riceva l'esecuzione voluta: di regola, anzi, queste disposizioni dovranno essere diverse, per corrispondere alla diversità delle leggi in vigore. Qui il trattato potrà essere eseguito senza alcuna modificazione del diritto vigente, che già disponeva nel modo voluto; di guisa che il solo effetto del trattato, rispetto all'ordine giuridico interno, sarà di rendere internazionalmente obbligatorie delle disposizioni, che prima erano semplicemente una manifestazione libera della volontà dello Stato. Altrove, invece, occorrerà modificare il diritto in vigore; ma questa modificazione potrà essere, alla sua volta, diversa da paese a paese: una disposizione necessaria in uno Stato sarà inutile in un altro, dove però ne occorreranno altre d'altro genere; e via dicendo. Queste considerazioni assumono particolare importanza quando al trattato partecipano parecchi Stati, e più numerose, profonde, difficilmente valutabili sono le differenze legislative di cui bisogna tener conto: tanto più allora diventa necessario che il trattato, limitandosi a determinare in generale lo scopo da raggiungere, lasci ai singoli Stati la maggior libertà quanto ai mezzi di raggiungerlo; e tanto più evidente apparisce la naturale diversità delle norme giuridiche interne occorrenti ad assicurare in ognuno di questi l'esecuzione degli obblighi assunti.

Deriva da tutto ciò che, fuori dei casi, poco frequenti, in cui si possa dimostrare che l'obbligazione imposta dal trattato è quella di emanare come leggi le precise disposizioni già stabilite e formulate a tal fine nel trattato stesso, l'attività legislativa richiesta agli Stati contraenti consiste semplicemente nel dar vita a quelle norme, che, date le condizioni concrete dell'ordinamento giuridico di ogni Stato, risultano necessarie all'adempimento dei doveri assunti. Nulla di più. E se è questa l'obbligazione dello Stato, è altresì logico inferirne che egli voglia emanare le dette norme, ed esse soltanto, qualunque sia poi il rap-

porto in cui si trovano con le formule adoperate nel testo del trattato. Mancherebbe ogni fondamento per ritenere che lo Stato voglia emanare delle norme che non è giuridicamente obbligato ad emanare, e che forse contrastano con lo spirito ed i caratteri della sua legislazione, soltanto perchè tali norme corrisponderebbero alle formule del trattato.

Il fatto che i trattati internazionali vengono di solito redatti in guisa da assumere estrinsecamente l'aspetto di possibili testi di legge per ciascuno degli Stati contraenti, non toglie nulla alla verità di questa conclusione e trova la sua spiegazione in un altro ordine di considerazioni. Si tratta, in sostanza, di un effetto della confusione, tanto a lungo e tanto profondamente invalsa, fra trattato e legge. Il principio che il trattato, come tale, ha forza di legge nello Stato, ebbe per conseguenza che si collegasse l'efficacia giuridica interna di esso al fatto della pubblicazione ufficiale del testo, intesa anche talora come una semplice notificazione ai privati ed agli organi statuali. Ma poichè l'erronea concezione della natura giuridica propria del trattato e della legge non poteva far violenza alle cose, dovè piegarsi essa inconsciamente alla realtà, sacrificando la forma propria del trattato per riuscire a redigerlo in modo che le stesse disposizioni assumessero anche, bene o male, l'aspetto estrinseco di norme di condotta dei privati e dei funzionari. Con ciò si rendeva possibile, ed anzi apparentemente si legittimava, il sistema generalmente seguito nel dar vita al diritto interno corrispondente al trattato; sistema che offre agli Stati il non trascurabile vantaggio di evitare le difficoltà assai gravi, che presenterebbe la formulazione delle norme (1). Ma tutto questo riguarda l'esteriorità delle cose, e non aggiunge nè toglie alla loro sostanza. La verità è che ci troviamo di fronte a due serie di disposizioni, assolutamente diverse fra loro, qualunque sia la forma sotto cui si nascondono, perchè quelle del trattato specificano ciò che lo Stato deve fare o non fare, quelle della legge esprimono dei comandi che lo Stato rivolge ai sottoposti. E poichè un'esatta corrispondenza fra la promessa ed il comando, non soltanto non è necessaria, ma, di regola, neppure possibile, sarebbe assurdo che si facesse dipendere il contenuto ed i limiti delle norme emanate dalle formule di un testo, che risponde a ben altri e più complessi propositi. Potrà darsi benissimo che le norme corrispondano alle disposizioni letterali del trattato; ma può darsi egualmente bene e con egual ragione il contrario, cioè che una disposizione del trattato non richieda nuove norme di diritto interno o ne richieda di quelle che non corrispondono affatto alla formula del trattato. Le due ipotesi sono egualmente possibili ed hanno lo stesso valore: non vi è nessuna ragione logica generale per ritenere piuttosto una cosa che l'altra; tutto dipende dalle speciali circostanze del caso.

Ma se le considerazioni precedenti non sono infondate, possiamo ormai concludere, che allorquando l'emanazione delle norme volute dal trattato avviene mediante il cosiddetto *ordine di osservarlo*, quest'ordine, non soltanto non è ciò che la frase, letteralmente presa, farebbe credere, ma non è neanche emanazione di norme interne corrispondenti alle singole disposizioni del trattato, trasformazione di queste disposizioni in leggi. È invece semplicemente la manifestazione della volontà dello Stato di dar vita alle norme richieste

(1) Cfr. Laband, *op cit.*, vol. II, pag. 118 e segg.

dal trattato, senza la contemporanea formulazione delle norme stesse. Allorquando l'esecuzione di un trattato richiede che un determinato diritto interno abbia vigore nello Stato, questi gli dà vita riferendosi genericamente al trattato e dichiarando la sua volontà di eseguirlo. Invece di formulare le singole norme volute, lo Stato dichiara quali sono gli obblighi che ha assunto (pubblicazione del trattato propriamente detta) e si limita a dire: io emano tutte quelle norme, che, data la natura e l'estensione di questi obblighi da un lato, le concrete condizioni del mio ordinamento giuridico dall'altro, risultano necessarie ad adempierli (1). La maggiore o minore rispondenza delle norme alle formule adoperate nel trattato è dunque affatto casuale ed estrinseca.

6. Determinare quali sieno le norme emanate è dunque rimesso all'interprete, al quale incombe pertanto un ufficio molto più grave di quello che si è creduto fin qui. Alla grande semplicità del procedimento col quale lo Stato dà vita a questa particolare categoria di norme giuridiche interne, corrisponde necessariamente una sfera tanto più ampia e delicata d'investigazioni e ricerche da parte di chi deve applicarle. Si tratta di stabilire anzitutto, con la massima esattezza, quello che lo Stato è tenuto a fare o non fare in forza del trattato (2); poi di ricercare se e fino a qual punto risulti necessaria una modifica-

(1) Sulle varie forme di manifestazione del diritto, ed in particolare sulla manifestazione della volontà di dar vita a norme giuridiche scompagnata dalla formulazione delle norme emanate, che ha tanta importanza nei rapporti fra il diritto internazionale e l'interno, vedi specialmente Binding, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig 1885, pag. 197 e segg., e Triepel, *op. cit.*, pag. 90 e segg., 227 e segg., 386 e segg. Varie applicazioni ed esempi nel mio libro sul *diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 76 seg, 78 seg, 100, 117 segg. ecc. Il rinvio che fa il legislatore alle disposizioni del trattato non vale nè può valere come recezione di queste nel diritto interno, appunto perchè è impossibile che una disposizione relativa ai rapporti fra Stati valga come norma di condotta individuale o degli organi: il rinvio ha semplicemente il significato di una manifestazione abbreviata della volontà del legislatore di emanare le norme corrispondenti alle disposizioni del trattato, così richiamate; tutt'altro, dunque, di quel che ne pensa il Diena ne' suoi recentissimi *Principi di diritto internazionale*, parte 1ª, Napoli 1908, pag. 396 e seg.: cade con ciò anche l'obiezione che egli mi muove a pag. 397 in nota.

(2) L'interpretazione del trattato è qui vera e propria interpretazione dell'atto giuridico internazionale, in via pregiudiziale alla risoluzione di una controversia che è regolata dal diritto interno, ossia dalle norme emanate con l'ordine di osservare il trattato stesso. Sulla possibilità di questa interpretazione da parte dell'autorità giudiziaria e sulle questioni a cui dà luogo nei rapporti fra questa e l'autorità amministrativa, rimando a quanto ne ho detto nell'opera più volte citata, specialmente a pag. 240 e segg. Qui basti richiamare che, inteso l'ordine di osservare il trattato come emanazione di norme interne, volute dal trattato, ma da questo necessariamente diverse anche per il contenuto, viene a delinearsi nettamente il problema tanto discusso della competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati internazionali. Rispetto alle norme giuridiche emanate con l'ordine di esecuzione del trattato, il giudice si trova nella stessa posizione in cui si trova rispetto a qualsivoglia altra norma giuridica della stessa specie (legislativa o regolamentare): a questo si riferiscono coloro che inesattamente dicono che i tribunali applicano i trattati nella loro qualità di leggi; il vero è, invece, che applicano la legge (o il regolamento) emanata in occasione del trattato. Invece il trattato, come tale, è, rispetto al giudice, un atto del potere amministrativo (Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, cit., pag. 243, 342; Racioppi, *op. cit.*, pag. 323; Donati, *op. cit.*, pag. 126 e segg.), pel quale valgono quindi le regole che determinano la posizione dell'autorità giudiziaria di fronte all'atti-

zione del diritto vigente, perchè la condotta dello Stato sia conforme ai doveri internazionali che ha assunto (1); e da queste premesse desumere infine la volontà dello Stato medesimo di dar vita a determinate norme. La ricerca, come appare anche dalle cose dette, è, nei suoi elementi, e quindi nei risultati, essenzialmente relativa e variabile di caso in caso: però è sempre dominata da due criteri fondamentali e direttivi, che sono i seguenti.

Da un lato, infatti, è logico ritenere che lo Stato, emanando l'ordine di osservare il trattato, abbia voluto dar vita a tutte le norme necessarie per l'integrale e corretto adempimento di esso. Se non si può mai presumere che uno Stato voglia mancare ai suoi doveri internazionali (2), meno che mai ciò sarebbe ammissibile di fronte ad un atto dello Stato medesimo, che manifesta in modo preciso la volontà di adempierli; epperò, se una data norma risulti, in un caso concreto, necessaria ad eseguire il trattato, si dovrà ritenere che abbia avuto vita con l'ordine di esecuzione regolarmente emanato; ancorchè si allontani dallo spirito e dai caratteri dell'ordinamento giuridico di cui entra a far parte, o deroghi, anche sostanzialmente, ai principî che regolano una data materia.

Ma, d'altro lato, è pur logico presumere che uno Stato non faccia per gli altri più

---

vità della pubblica amministrazione; il che spiega, d'altro lato, le difficoltà e le incertezze sorte, specialmente in alcuni Stati, riguardo all'applicazione giudiziale dei trattati, in un senso perfettamente antitetico a quello in cui si esplicavano le conseguenze del principio accennato prima. Con ciò è anche messo in chiaro, se non erro, l'elemento di verità contenuto nella vecchia dottrina, per sè stessa, più che insostenibile, assurda, secondo cui i tribunali avrebbero la potestà di *applicare*, ma non quella d'*interpretare* i trattati: appunto perchè dal trattato deriva un diritto interno, che attribuisce ai privati diritti e doveri, non è concepibile che l'autorità giudiziaria non possa e debba tenerne conto; mentre è possibile che si sottragga all'autorità giudiziaria (e non ne mancano storicamente degli esempi), deferendolo ad organi speciali, il potere d'interpretare il trattato come tale, allorquando occorra per la determinazione di quelle norme interne, che i tribunali son chiamati ad applicare. Come principio generale, si può dire che l'interpretazione dei trattati è fatta da ognuno dei poteri statuali nei limiti della propria competenza: così anche Bendix, *op. cit.*, pag. 139 nota 1. Ma in questi limiti appunto, vari e variabili da Stato a Stato, anche i tribunali interpretano il trattato, come atto distinto dalla legge che ne è derivata; e in quanto interpretano il trattato come tale non possono a meno di ricercare la volontà delle parti contraenti, così come, nei limiti della propria competenza, fa e deve fare il potere amministrativo. Le contrarie affermazioni del Bendix, *op. cit.*, pag. 159 seg., riposano sopra il modo inesatto o incompleto con cui comunemente s'intende la distinzione fra trattato e legge. La possibile contrarietà fra la volontà dei contraenti, espressa nel trattato, e quella che si afferma nelle norme emanate, in quanto queste non sono più legate al testo di quello, ma al sistema giuridico di cui entrano a far parte, che è la base dell'argomentazione del Bendix (confr. anche pag. 18, 19 e altrove), non ha fondamento alcuno una volta ammesso che l'ordine di esecuzione, anzichè convertire in legge gli articoli del trattato, dà vita alle norme, che, nell'ordinamento giuridico statuale, risultano necessarie ad eseguire il trattato, cioè la volontà obiettivata in questo.

(1) Per non complicare inutilmente la questione, mi riferisco soltanto all'attività legislativa che rappresenta l'*adempimento di un dovere* imposto dal trattato. Le considerazioni svolte nel testo non varrebbero invece, almeno senza limitazioni notevoli, per quanto riguarda l'*esercizio di diritti* accordati allo Stato dal trattato internazionale. Confr. Triepel, *op cit.*, pag. 392 e segg.

(2) Su questo principio e sulle conseguenze importantissime che ne derivano per l'interpretazione del diritto interno, vedi la dottrina e la giurisprudenza citate a pag. 223 e segg. del mio *Diritto internazionale nei giudizi interni.*

di quanto è tenuto a fare, ed in particolare non modifichi l'ordinamento giuridico, che egli ha reputato meglio rispondente a' suoi speciali interessi e bisogni, più di quanto è strettamente necessario per l'adempimento dei doveri che ha assunto (1); sicchè, nel determinare il contenuto ed il tenore delle norme giuridiche interne emanate con l'ordine di osservare il trattato, si dovrà ritenere che lo Stato abbia voluto dar vita a quelle norme, ed a quelle soltanto, che gli permettono di adempiere le obbligazioni assunte con la minore restrizione della propria libertà e con le minori modificazioni possibili delle regole che disciplinano, in generale, quei dati istituti o rapporti. Tutte le regole necessarie, qualunque esse sieno; ma soltanto quelle veramente necessarie.

CAPO SECONDO

L'articolo 7 della convenzione 12 giugno 1902 e le norme interne emanate con la legge 7 settembre 1905.

7. Applichiamo ora questi principî al caso nostro.

Sul significato dell'art. 7 della convenzione non occorrerà spendere molte parole. Esso stabilisce l'obbligo degli Stati firmatari di riconoscere le sentenze straniere di divorzio e di separazione personale pronunziate nei modi e nei limiti fissati dalla convenzione stessa. Un obbligo giuridico internazionale degli Stati sussiste per queste sentenze soltanto; ossia, gli Stati sono internazionalmente tenuti a riconoscere quelle date sentenze e violerebbero la convenzione non riconoscendole; mentre, a prescindere da altri particolari rapporti che qui non interessano, nulla li obbliga a riconoscere sentenze non corrispondenti alla convenzione, e nessuno Stato può muovere reclamo se non le riconoscono.

Esorbiterebbe, invece, manifestamente dallo scopo e dal significato della convenzione aggiungere che gli Stati sono obbligati a non riconoscere altre sentenze che quelle pronunziate conformemente ad essa. La convenzione stabilisce il *minimum* dei casi in cui gli Stati contraenti devono reciprocamente riconoscere le sentenze di divorzio e di separazione personale: al di là di questi casi, lo Stato non è obbligato a riconoscerle, ma neanche a non riconoscerle; è semplicemente libero di riconoscerle o no. Quindi: l'accertare che una sentenza di divorzio o di separazione personale corrisponde alle clausole della convenzione, costituisce una facoltà, non un obbligo degli Stati.

Si veda, infatti, che cosa significherebbe il principio contrario. Ammettere che gli Stati firmatari hanno l'obbligo di non riconoscere alcuna sentenza di divorzio o di separazione personale che non corrisponda in tutto e per tutto alle clausole della convenzione, equivarrebbe, in sostanza, a dire che gli Stati hanno voluto obbligarsi a sindacare reciprocamente il modo onde ciascuno intende ed applica la convenzione, rinnovando di volta in volta il giudizio già fatto in un altro Stato, al solo scopo di accertare che i principî della convenzione furono rettamente intesi ed applicati. E dico *al solo scopo*, perchè gl'interessi

(1) Concorda Triepel, *op. cit.*, pag. 392 e segg

propri dello Stato dove si domanda il riconoscimento possono non aver nulla che fare in tutto ciò: questi interessi sono tutelati dalla *facoltà* di non riconoscere sentenze non corrispondenti alla convenzione; l'*obbligo* di non riconoscerle, e quindi di accertare se corrispondono o no a quei principî, non si può spiegare in alcun modo con la tutela di un interesse dello Stato. Ora, non è possibile ammettere che gli Stati abbiano inteso di assumere un' obbligazione, che, mentre non corrisponde in verun modo ai particolari interessi di ciascuno, imporrebbe loro un ufficio così poco in armonia coi caratteri e le esigenze delle relazioni internazionali. Il sindacato sull'osservanza delle clausole della convenzione da parte dei giudici che hanno pronunziato la sentenza, è semplicemente una limitazione o determinazione dell'obbligo assunto dagli Stati di riconoscerla, non un obbligo a sè stante. È naturale che, assumendo il dovere di riconoscere certe sentenze, perchè ed in quanto pronunziate conformemente a certi principî, gli Stati siensi riservato il diritto di accertare che veramente le sentenze di cui si domanda il riconoscimento sono quali devon essere perchè il dovere sussista (1). Ma ciò appunto dimostra che si tratta di una facoltà e non di un obbligo: ogni Stato rimane libero di compiere o no quest'accertamento, e di compierlo nei modi e nei limiti che reputa convenienti.

Si potrebbe forse obiettare che lo Stato ha un interesse suo proprio all' integrale e corretta applicazione della convenzione da parte di ogni altro Stato firmatario, e che il giudizio diretto ad accertare che la sentenza straniera corrisponde alle clausole della convenzione è necessario appunto per la tutela di questo interesse Ma è facile rispondere che il ragionamento pecca di manifesta sproporzione fra le premesse e la conseguenza. Senza dubbio, ogni Stato ha interesse alla corretta applicazione della convenzione da parte degli altri Stati; ma, appunto, in quanto si tratta di un interesse proprio dello Stato, questi riman libero di farlo valere nei modi e nei limiti che più gli convengono, e soprattutto di coordinarlo con altri interessi e principî. Meno che mai varrebbe il dire che il sindacato sul modo onde viene intesa ed applicata la convenzione non si esercita già nell'interesse particolare di questo o quello Stato, ma nell'interesse comune di tutti gli Stati firmatari; perchè bisognerebbe dimostrare che questi hanno proprio voluto ricorrere ad un tal mezzo di garantire la corretta applicazione della convenzione, quando non vi è una ragione al mondo per ritenere che i giudici dello Stato **A**, cui vien chiesto il riconoscimento di una sentenza di divorzio pronunziata nello Stato **B**, rispetteranno la convenzione più e meglio di quelli dello Stato **B**, o viceversa.

Concludiamo. È certo che gli Stati firmatari sono autorizzati, ma non obbligati, ad accertare che le sentenze di cui si domanda il riconoscimento corrispondono alle clausole della convenzione, perchè il loro dovere è di riconoscere *tutte* le sentenze pronunziate con-

(1) In altre parole, l'obbligazione internazionale consiste nel riconoscere le sentenze di divorzio o di separazione pronunziate conformemente alla convenzione, non già nell'accettare il giudizio del magistrato straniero sulla conformità della sua pronunzia alla convenzione: lo Stato è obbligato in quanto *egli* ritiene che la pronunzia sia conforme a certe regole stabilite dalla convenzione, e però rimane libero di compiere o no quest'accertamento e di fissare i limiti in cui intende di contenerlo.

formemente ad essa, ma non già di riconoscere *queste soltanto:* gli Stati son liberi di riconoscerne altre che la convenzione non li obbliga a riconoscere, e per conseguenza di restringere come e quanto vogliono l'esame diretto ad accertare che ne furono osservate le clausole. Il riconoscimento di una sentenza di divorzio o di separazione pronunziata conformemente alle clausole della convenzione è *atto obbligatorio,* e quindi il non riconoscimento *atto anti-giuridico:* il riconoscimento o non riconoscimento di una sentenza, che lo Stato non è obbligato a riconoscere perchè non conforme a tutte le clausole della convenzione, è *atto giuridicamente irrilevante.* Tutto ciò, beninteso, nei riguardi del diritto internazionale.

8. Quale, adunque, il diritto interno italiano? La legge 7 settembre 1905, ordinando l'esecuzione della convenzione, ha dato vita alle norme giuridiche interne necessarie ad adempiere l'obbligo assunto dall'Italia verso gli altri Stati, ed ha lasciato per ogni altro riguardo immutato il diritto vigente. Di qui due conseguenze:

1.° Poichè l'obbligo imposto dalla convenzione è che in Italia sieno riconosciute *tutte* le sentenze di divorzio o di separazione personale pronunziate conformemente ad essa, così la legge 7 settembre 1905 ha senza dubbio derogato al codice di procedura civile, sostituendo norme corrispondenti al contennto della convenzione, in quanto le condizioni da questa stabilite per il riconoscimento delle sentenze straniere sono minori o meno rigorose di quelle del codice.

2.° Invece, essendo indifferente che uno Stato riconosca o no quelle sentenze di divorzio che la convenzione non l'obbliga a riconoscere perchè non corrispondono alle clausole che essa contiene, rimangono applicabili le regole generali del codice di procedura civile, in quanto stabiliscono, per il riconoscimento delle sentenze straniere, condizioni minori o meno rigorose di quelle della convenzione.

La prima regola è la conseguenza logica del concetto della legge di esecuzione. L'obbligo internazionale dell'Italia sarebbe violato se rimanesse la possibilità giuridica (1) che i nostri tribunali ricusassero il riconoscimento anche di una sola sentenza pronunziata in conformità della convenzione: di qui la necessità, e quindi indubbiamente la volontà dello

(1) Possibilità giuridica, intendo, nei riguardi del diritto interno; e sta a significare il caso che il giudice di delibazione fosse, dalle norme vigenti, autorizzato o costretto a rifiutare il riconoscimento di sentenze pronunziate conformemente alla convenzione. La possibilità che il giudice pronunzi *legalmente* una decisione contraria alle obbligazioni internazionali dello Stato è ben altra cosa della possibilità che il giudice erri nell'applicare le norme emanate dallo Stato per adempiere i suoi doveri internazionali: quella implica una violazione del diritto internazionale da parte dello Stato, che doveva mettere la propria legislazione in armonia coi doveri che ha verso gli altri Stati; questa è un fatto internazionalmente irrilevante, perchè, quando l'obbligazione internazionale consiste nell'avere certe norme di diritto interno e nell'applicarle e farle valere come tutte le altre, è da considerare adempiuta con la emanazione di dette norme, accompagnata dal fatto di mettere gli organi in condizione di attuarle nei casi concreti. La possibilità di applicazioni divergenti od erronee da parte degli organi giurisdizionali è insita nella stessa attività statuale voluta dal diritto internazionale. Anche per questo debbo rimandare al libro, più volte citato, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 64 nota 2, 307 nota 1.

Stato, di eliminare qualsiasi indagine od accertamento, che la convenzione non ammette, ma che il codice prescrive, derogando corrispondentemente alle disposizioni di questo. La seconda regola è la conseguenza logica del principio che ogni Stato modifica il proprio ordinamento giuridico solamente in quanto è necessario ad adempiere gli obblighi assunti, e non più; ora, si eccederebbero certamente questi limiti imponendo al giudice di accertare che le sentenze corrispondono a quelle condizioni che la convenzione considera, ma che il nostro diritto ritiene non possano essere oggetto d'indagine nel giudizio di delibazione. La conseguenza che può derivare dall'applicazione pura e semplice della nostra legge processuale è infatti che si riconoscano alcune sentenze di divorzio o di separazione, che l'Italia non sarebbe internazionalmente obbligata a riconoscere; ora, questa conseguenza è affatto irrilevante nei riguardi della convenzione. Arriviamo così a formulare il principio generale seguente: *la legge 7 settembre 1905 ha derogato al codice di procedura civile in tutte quelle parti in cui questo pone condizioni più rigorose di quelle stabilite dalla convenzione, sostituendo, in tal caso, le norme che al contenuto della convenzione corrispondono; in ogni altra parte rimangono applicabili le disposizioni del codice.*

Ma si può domandare se non è appunto la corrispondenza alle clausole della convenzione che rende possibile in Italia il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio. Questa obiezione, per avere un valore, deve necessariamente assumere uno di questi due significati: o che il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio è escluso dalle disposizioni dell'art. 941 n.° 4 cod. proc. civ. e 12 del titolo preliminare al cod. civ., di guisa che la legge 7 settembre 1905 avrebbe introdotto un'eccezione alla regola, che si dovrebbe pertanto contenere nei confini rigorosamente imposti dalla necessità di adempiere il dovere assunto dall'Italia verso gli altri Stati firmatari; oppure che il contenuto dell'indagine prescritta dalle disposizioni testè citate corrisponde a quella sull'osservanza delle clausole della convenzione, nel qual caso, trattandosi di un'indagine voluta dal nostro diritto e permessa dalla convenzione, si dovrebbe ritenere mantenuta dalla legge 7 settembre 1905. Vedremo a suo tempo quanto valore abbiano questi due concetti: per ora basta osservare che, nell'uno e nell'altro caso, l'obiezione, mentre a prima vista sembra diretta contro la conclusione generale a cui siamo arrivati, in realtà invece vi rientra, perchè implica semplicemente una diversa interpretazione del diritto interno italiano in ordine alla natura del dovere imposto dalla convenzione. Sarà quindi sede opportuna a parlarne l'esame che dovremo fare dei rapporti fra la legge 7 settembre 1905 ed il n.° 4 dell'art. 941 cod. proc. civ.

Parte Seconda — **Questioni speciali ed applicazioni**

CAPO TERZO

Necessità del giudizio di delibazione per il riconoscimento delle sentenze contemplate dall'art. 7 della convenzione.

9. Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio avviene, dunque, per mezzo di un giudizio, cui sono, in generale, applicabili le norme degli art. 941 e seg. cod. proc. civ., salvo le deroghe apportate dalla legge 7 settembre 1905. La necessità del giudizio non deriva però dalla convenzione, come è parso a qualcuno, bensì dal diritto interno italiano. In altri termini, è necessario un giudizio di delibazione, non perchè la convenzione obblighi gli Stati a non accordare il riconoscimento alle sentenze straniere di divorzio, se prima non è giudizialmente accertato che presentano certi requisiti, ma perchè, secondo la nostra legge, l'efficacia delle sentenze straniere è subordinata ad un giudizio, che accerti l'esistenza di determinate condizioni (1); ora, la possibilitá di questo giudizio e l'accertamento di alcune fra le condizioni volute dalla legge italiana sono lasciati intatti dalle obbligazioni internazionali derivanti dalla convenzione, sicchè non si può ammettere che la legge del 1905 abbia voluto modificare, su questo punto, il diritto vigente.

Ma se fosse accettabile la tesi, sostenuta dalla maggior parte dei nostri scrittori e accolta da buon numero di sentenze, secondo la quale il giudizio di delibazione sarebbe richiesto soltanto per procedere ad atti esecutivi in base alle sentenze straniere, mentre la loro efficacia dichiarativa o costitutiva (2) sussisterebbe indipendentemente dal giudizio

---

(1) Vedi il mio studio sui *Casi in cui è necessario il giudizio di delibazione di una sentenza straniera*, nella *Giurisprudenza italiana*, 1901, I, 2, 395, e l'altro nella *Rivista di diritto internazionale*, vol. I, pag. 227 e segg. In essi è raccolta anche la dottrina e la giurisprudenza sulla vessata questione: aggiungo, e ne sono veramente lieto, che la tesi da me sostenuta ha avuto di recente il più autorevole appoggio che potessi sperare nell'adesione del mio illustre maestro L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. IV, nn. 28-29: vedi anche *Giur. it.* 1907, I, 1, 1023. Confr. ora la larga trattazione di Diana, *La sentenza straniera e il giudizio di delibazione*, cit.

(2) Ho voluto ricordare espressamente l'efficacia *costitutiva*, perchè la sentenza di divorzio è considerata appunto come uno dei casi più notevoli di sentenze costitutive, da tutti gli scrittori che ammettono questa categoria, a cominciare dal Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, vol I, Leipzig 1885, pag. 12. Vedansi ad esempio: Kipp, *Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen*, nel *Festgabe für R. v Ihering*, dell'Università di Kiel, Leipzig 1892, pag. 57; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig 1897, pag. 210; Langheinecken, *Der Urtheilsanspruch*, Leipzig 1899, pag. 234 e seg.; Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, Jena 1900, pag. 468, *Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts*, vol. I, Leipzig 1903, pag 238; Balog, *Ueber das konstitutive Urtheil*, nella *Zeitschrift* del Grünhut, vol. XXXIV, pag. 133 e seg.: fra noi, in

stesso, non mi par dubbio che questa regola potrebbe e dovrebbe continuare a valere anche dopo la convenzione. Essa, infatti, basterebbe ad assicurare che tutte le sentenze previste dalla convenzione avrebbero in Italia il riconoscimento voluto; sicchè mancherebbe ogni ragione per ritenere che la legge 7 settembre 1905 avesse voluto abrogarla

Così e per la stessa ragione, chi ritiene che l'accertamento delle condizioni volute dalla legge possa essere fatto dal giudice a cui si presenta, in corso di un giudizio, una sentenza straniera, allo scopo di desumerne qualche effetto, non ha motivo alcuno di non ammettere che lo stesso avvenga per le sentenze di divorzio, a cui si riferisce la convenzione: ben inteso che, in tal caso, l'accertamento incidentale del giudice si dovrebbe contenere negli stessi limiti, che, da quanto siam venuti dicendo, risultano assegnati al giudizio di delibazione promosso in via principale (1).

---

riguardo alla sentenza di separazione personale, Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile,* 2ª ed. Napoli 1908, pag. 151, e Cammeo, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione,* Torino 1905, pag. 43, nota 10. Si riferisce invece specialmente alle sentenze di divorzio per combattere il concetto di sentenza costitutiva il Kohler, *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch,* nella *Zeitschrift fur deutschen Zivilprozess,* vol. XXXIII, 1904, pag. 226, seguito in Italia dal Tea, *L'interesse ad agire,* Torino 1907, pag. 70, relativamente alla sentenza di separazione personale: vedi anche Rocco, *La sentenza civile,* Torino, 1906, pag. 154. Ma la questione accennata nel testo si è svolta finora prescindendo completamente dalla considerazione di questo particolare effetto delle sentenze; e si capisce, perchè l'attenzione si è rivolta alla « cosa giudicata » che è l'effetto comune di tutte le sentenze di merito. Quali argomenti si possano desumere dall'efficacia costitutiva di alcune sentenze a favore della tesi da me sostenuta, è questione che non può essere qui incidentalmente trattata: vedasi, però, quanto è detto poco più giù nel testo, in riguardo alla efficacia esecutiva delle sentenze costitutive.

(1) Mi riferisco, naturalmente, al concetto che l'esame della sentenza straniera, deferito incidentalmente al giudice dinanzi al quale vien fatta valere, abbia il carattere e l'effetto proprio del giudizio di delibazione, secondo gli art. 941 e segg. del cod. di proc. civ. Se invece si ritiene che l'esame della sentenza straniera non differisca da quello di qualsiasi documento prodotto in giudizio, la cosa assume tutt'altro aspetto e non si può neanche parlare di limiti assegnati dalla legge all'apprezzamento del giudice. Questa fondamentale differenza nel modo di concepire la funzione del giudice parmi sia sfuggita all'egregio avvocato Bonelli nell'obiezione che mi rivolge, sostenendo appunto la tesi che il giudizio di delibazione non è richiesto per riconoscere ad una sentenza straniera il valore di cosa giudicata nel regno (*Rivista cit.*, vol. I, pag. 369, nota 2). Egli osserva, anzitutto, che nella nota pubblicata in detta *Rivista* (vol I, pag. 227 e segg.) io riconosco che la differenza fra le due soluzioni non è più *sostanziale*. Infatti non mi pare sostanziale la differenza fra la tesi da me sostenuta e quella che ammette la necessità di una *nazionalizzazione*, se così è lecito esprimersi, della sentenza straniera, anche quando viene invocata soltanto per desumerne l'eccezione di cosa giudicata, pur ritenendo che la delibazione, ed il conseguente riconoscimento, avvenga allora per opera del giudice, dinanzi al quale vien fatta valere: è evidente che questa teoria si muove sullo stesso terreno di quella che io propugno, cioè che il giudizio di delibazione, nel senso tecnico e con l'effetto suo caratteristico di accettazione della sentenza straniera da parte della sovranità italiana, è necessario *sempre*: la differenza cade piuttosto sulla determinazione delle modalità del giudizio. A questa dottrina io non ho che un'obiezione da fare: cioè che non si può ammettere, nella nostra legge, un giudizio di delibazione incidentale; la delibazione non può esser fatta che nei modi stabiliti dagli art. 941 e segg. del cod. di proc. civ. E sono lieto che il Bonelli, sia, su questo, pienamente d'accordo con me. Ma è invece *sostanziale* la differenza con la soluzione che egli propugna. Il Bonelli, come la maggior parte dei nostri scrittori, muove dal concetto che la sentenza straniera già di per sè possiede anche in Italia il valore di

Un esame più particolareggiato dell' argomento, che pur non poteva, per il suo carattere fondamentale, esser passato sotto silenzio, mi porterebbe in un campo completamente estraneo al tema speciale di questo studio. Debbo però aggiungere che, data la natura *costitutiva* delle sentenze contemplate dalla convenzione, il riconoscimento loro è vero e

---

cosa giudicata; non si tratta di attribuirglielo, ma semplicemente di esaminarne la regolarità formale e la non contrarietà all' ordine pubblico. Ora è appunto questo ch' io non posso ammettere in alcun modo. Il Bonelli parifica *efficacia documentale* e di *cosa giudicata*, che per me invece sono assolutamente diverse. Se la sentenza straniera si vuol far valere, non come sentenza, ma come semplice documento, convengo anch' io che non occorre il giudizio di delibazione; ma allora essa è interamente soggetta all' apprezzamento del magistrato italiano, e non può in alcun modo escluderne o limitarne il giudizio. Se invece la sentenza si vuol far valere come *cosa giudicata*, ossia come vero e proprio atto giurisdizionale, che esclude o limita la potestà di giudicare dei nostri magistrati sulla questione già decisa dal magistrato straniero, allora è impossibile ammettere che una sentenza straniera abbia di per sè questa efficacia in Italia: l'atto giurisdizionale straniero non può, come tale, produrre effetti da noi, se questa efficacia non gli venga attribuita mediante un atto della sovranità italiana, nei casi e nei limiti stabiliti dalla legge, ossia mediante l' apposito giudizio di delibazione. Insomma: o la sentenza si fa valere come *prova documentale*, ed è giusto applicare le norme che a questa prova si riferiscono; o si fa valere come *atto giurisdizionale*, ed è necessario che sia prima messa in grado di spiegare tale efficacia in Italia mediante l'apposito giudizio di delibazione. La distinzione si collega a quella fra efficacia della sentenza e dell' atto estero, che io continuo a ritenere fondamentale nel sistema della nostra legislazione, non ostante le obiezioni mossemi dal De Palo, *Teoria del titolo esecutivo*, vol. I, Napoli 1901, pag. 283 e segg.: vedi la mia nota nella *Giurisprudenza italiana*, ed ora Mortara, *op cit*, n. 30.

La teoria della *delibazione incidentale*, lucidamente formulata dal Milone, *Le sentenze straniere e il giudizio di delibazione*, nella *Rivista di diritto internazionale*, anno III, 1900, pag. 211 e segg, è ora ripresa con nuove argomentazioni da Chiovenda, *op. cit.*, pag. 787 e segg. Convengo con lui nel riconoscere che, una volta ammesso che la sentenza straniera non può, come tale, produrre effetto di sorta in Italia, se non è riconosciuta dal magistrato italiano, che accerti l'esistenza delle condizioni volute dall'art. 941, la questione circa la competenza a fare questo accertamento e la natura del giudizio in cui deve farsi è esclusivamente di diritto interno processuale. Ma non credo che la nostra legge autorizzi un giudizio incidentale di delibazione. Nessun dubbio che l' art. 941 contenga due norme distinte; una di competenza, ed una (che solo impropriamente si può chiamare, col Chiovenda, di diritto internazionale) la quale fissa le condizioni del riconoscimento: ma la norma di competenza è coordinata, non tanto allo scopo speciale del giudizio di cui parla l' art 941 (dichiarazione di esecutorietà in senso stretto), quanto alla natura dell' atto straniero, che è oggetto del giudizio. In tutte le disposizioni di questo titolo del codice la competenza è determinata in riguardo alla natura dell' atto straniero a cui si deve attribuire efficacia, ed alle indagini a tale scopo prescritte, più che all' uso che vuol farsene in Italia. Non si può dire, dunque, che la legge esiga soltanto che il riconoscimento sia pronunziato *da un giudice;* essa esige, invece, che l' accertamento delle condizioni necessarie al riconoscimento dell' *atto giurisdizionale* straniero sia fatto da *un dato giudice*, la Corte d' appello, come esige che le condizioni del riconoscimento dell' *atto autentico* siano accertate dal Tribunale civile; e via dicendo. Sicchè, una volta ammesso che il riconoscimento è necessario anche ad altri effetti, oltre l' esecuzione forzata di cui parla l' art. 941, sembra logico desumerne che esso debba aver luogo, non soltanto alle stesse condizioni, ma anche con lo stesso procedimento (Confr. Diana, *La sentenza straniera, cit*, pagg. 89 e segg.)

Quando si è invocato, in appoggio della contraria dottrina, ciò che accadeva in Germania sotto il codice del 1877 (Chiovenda, pag. 788 in nota) non si è forse posto mente abbastanza alle differenze che intercedono fra il nostro diritto e quella legislazione. È vero che i §§ 660 e 661 del codice del 1877 regolavano, il primo, la competenza a concedere la forza esecutiva alle sentenze straniere,

proprio *atto di esecuzione* (1), e come tale rientra nella norma dell'art. 941, anche se si ritiene che questo si riferisca soltanto all'*esecuzione* delle sentenze straniere. Ciò vale, sia per la necessità, in genere, del giudizio di delibazione, rispetto a chi ammette l'efficacia, *ope legis,* delle sentenze straniere fuori dei casi di esecuzione, sia per la necessità della delibazione in via principale, rispetto a chi ammette la possibilità di una delibazione incidentale, allorquando non si tratta di procedere ad atti di esecuzione. Il riconoscimento della sentenza costitutiva straniera agisce in ogni caso come modificazione del rapporto giuridico sostanziale. Prima e indipendentemente dal riconoscimento della sentenza, il rapporto esiste, rispetto a noi, nei termini e modi ammessi dalla legge competente, tanto se questa è la legge italiana, quanto se è una legge straniera (2), applicabile in Italia

---

il secondo, le condizioni per concederla; ossia contenevano le due norme che trovansi riunite nel nostro art. 941. Ma la norma di competenza del § 660 era una semplice norma di competenza territoriale: « *Aus dem Urtheile eines ausländischen Gerichtes findet die Zwangsvollstreckung nur Statt wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist. Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermanglung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemässheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann* ». Invece l'art. 941 contiene una regola di competenza speciale, determinata dalla natura della causa. La possibilità di applicare il § 661 indipendentemente dal 660 aveva dunque in Germania una base ben altrimenti solida di quella che si vorrebbe assegnare da noi al giudizio di delibazione incidentale: tuttavia la questione fu sempre vivamente controversa; certo una parte della dottrina (vedasi il *Kommentar zur Zivilprozessordnung* di Wilmowski e Levy, 6ª ediz., nota 2 sul § 660, vol. II, pag. 900) e il tribunale dell'impero nella sentenza 28 giugno 1886 (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen,* vol. XVI, pag. 420 e segg) ritennero la necessità del giudizio speciale, a termini del § 660, per far valere l'eccezione di cosa giudicata in base ad una sentenza straniera. E il nuovo testo del 1898, regolando in via generale e ad ogni effetto le condizioni pel riconoscimento (§ 328), e separatamente il giudizio speciale per ottenere la sentenza d'esecuzione (§ 722), ha voluto non tanto confermare una opinione già formata, quanto risolvere la controversia cui dava luogo la precedente legislazione: confr. Francke, *Anerkennung ausländischer Urtheile nach Neujahr 1900*, nella *Zeitschrift für deutschen Civilprocess,* vol. XXVII, pag. 132 segg.

Quanto alla sentenza straniera di rigetto, una volta ritenuto che può anch'essa formare cosa giudicata, non par dubbio che debba essere riconosciuta al pari di tutte le altre; l'opinione contraria fu sostenuta, di fronte al diritto germanico, dal Francke, *Die Entscheidungen ausländischer Gerichte über bürgerliche Streitigkeiten nach deutschem Reichsrecht,* nella *Zeitsch. cit.*, vol. VIII, pag. 112; ma non ha verun fondamento (confr. v. Bar, *op. cit.*, vol. II. pag. 422 in nota, e specialmente Kohler, *Zum internationalen Civilprocessrechte,* nella *Zeitsch. cit.*, vol. X, pag. 466 e segg.): competente sarà la Corte d'appello da cui dipende l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale la sentenza deve esser fatta valere.

(1) In quanto la sentenza costitutiva ha già in sè l'effetto esecutivo Confr.: Hellwig, *Anspruch und Klagerecht,* pag. 475, *Lehrbuch,* vol. I, pag. 54 e seg.; Schmidt, *Lehrbuch,* pag 743; Chiovenda, *op. cit.*, pag. 198.

(2) Contro: Chiovenda, *op. cit*, pagina 790, il quale, accogliendo una distinzione fatta da Hellwig (*Anspruch u. Klagerecht,* pag. 477 e seg., *Lehrbuch,* vol. I, pag 130, 140 e seg.), ritiene la necessità del giudizio di delibazione principale solamente se la sentenza straniera modifica un rapporto giuridico regolato dalla legge italiana, mentre potrà occorrere un giudizio di delibazione principale o incidentale, secondo la natura dell'atto e l'uso che della sentenza vuol farsi in Italia, se riguarda un rapporto regolato da leggi straniere. Applicando la distinzione al caso nostro, occorre-

in forza di una norma italiana. La competenza attribuita da questa norma alla legge straniera non può rendere efficace *ope legis* il mutamento giuridico che si opera in un altro Stato in virtù della sentenza, essendo appunto principio fondamentale del nostro sistema di diritto internazionale privato che l'efficacia delle leggi estere derivi direttamente dalle norme d'applicazione, mentre le sentenze straniere non diventano efficaci che mediante il riconoscimento giudiziale. E perciò, per quanto trattisi di rapporti regolati da leggi straniere, è sempre il riconoscimento che opera, rispetto all'Italia, l'effetto esecutivo proprio di tali sentenze.

CAPO QUARTO

L'applicabilità della legge 7 settembre 1905.

10. I limiti del giudizio di delibazione derivano, come si è visto, dal rapporto che passa fra le norme create con l'ordine di esecuzione del trattato e le disposizioni del codice di procedura civile: la prima cosa che il giudice deve accertare è dunque l'applicabilità della legge 7 settembre 1905.

La legge è stata emanata per dare esecuzione ai doveri assunti dall'Italia con la convenzione 12 giugno 1902: si può quindi stabilire, come regola generale, che essa è applicabile nei casi e nei limiti in cui l'Italia è obbligata dalla convenzione, salvo che, dalla natura stessa della legge, o dal fatto che essa ha un'esistenza sua propria, distinta e diversa da quella della convenzione, derivi con necessità irrecusabile una conclusione diversa. Questo principio riceve speciale forza dal procedimento adottato per l'emanazione delle norme interne, che tende soprattutto ad affermare, nel modo più chiaro ed energico, la loro dipendenza dai doveri internazionali dello Stato. Ciò posto, esaminiamone brevemente il significato e gli effetti, in ordine alla durata della legge nel tempo ed alla determinazione dei rapporti a cui si riferisce; beninteso, limitatamente a ciò che interessa il nostro argomento.

11. La legge fu promulgata e pubblicata il 7 settembre 1905; e poichè non contiene alcuna disposizione in contrario, dovrebbe ritenersi andata in vigore, secondo la regola sussidiaria dell'art. 1 delle disposizioni preliminari al cod. civ., col 22 dello stesso mese. Invece la convenzione, essendo stata ratificata dall'Italia il 17 luglio 1905, andò in vigore,

---

rebbe sempre un giudizio di delibazione principale per il riconoscimento di una sentenza di separazione personale fra coniugi italiani, pronunziata dai tribunali di uno Stato estero dove erano domiciliati (a parte, naturalmente, la questione se il diritto nostro ammetta la competenza giurisdizionale del domicilio), mentre potrebbe bastare la delibazione incidentale se si trattasse di una sentenza estera di divorzio o di separazione personale fra coniugi stranieri, prodotta o fatta valere in un giudizio pendente in Italia. Contro questa distinzione, e nel senso da me propugnato nel testo (quindi, rispetto al diritto germanico, per l'applicabilità del § 722 anzichè del § 328 del codice), Gaupp-Stein, *Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich*, ed. 8ª 9ª, Tübingen 1906. vol. II, pag. 403, e Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. II, Stuttgart 1905, pag. 33, n III.

conformemente all'art. 12, nel sessantesimo giorno dopo quella data, ossia il 15 settembre 1905. Ciò posto, si deve ritenere un'abbreviazione della *vacatio legis*, in modo che anche la legge sia andata in vigore il 15 settembre, o si deve ammettere che siavi stato un periodo di 7 giorni, in cui, pur sussistendo l'obbligazione internazionale dello Stato, non erano in vigore le norme interne destinate ad adempierla?

Che una legge imposta dal diritto internazionale possa andare in vigore più tardi o più presto di quel che richiederebbe il dovere assunto dallo Stato verso altri Stati, è cosa che non ha ormai bisogno di essere dimostrata. La legge, come tale, vive di una vita sua propria; le considerazioni d'ordine internazionale possono soltanto influire sul legislatore e determinarlo a far in modo che l'entrata in vigore della legge coincida col principio dell'obbligazione internazionale dello Stato: se il legislatore non lo fa, non possono certo i privati, o gli organi sottoposti all'autorità legislativa, attribuire alla legge un'efficacia che ancora non ha, o sospendere quella che ha già acquistato. Tutto ciò, in termini generali, vale anche per le norme emanate in esecuzione di un trattato, mediante riferimento al trattato stesso (1); ma resta da vedere se l'applicazione della norma sussidiaria, che, in mancanza di disposizioni espresse, determina il momento in cui le leggi entrano in vigore, non sia appunto esclusa dal legislatore col fatto del riferimento al trattato. Ed invero, l'emanazione delle norme mediante un generico riferimento al trattato, e con la forma estrinseca di un ordine d'esecuzione di questo, ci fa ritenere che il legislatore intenda di adottare per la legge il termine stesso del trattato, derogando, in quanto è necessario, alla regola ordinaria. Ciò deriva logicamente dai principî che abbiamo esposto intorno ai rapporti fra il trattato e la legge: come è logico presumere che il legislatore, con l'ordine di esecuzione, intenda di emanare *tutte* le norme necessarie all'adempimento del trattato e *soltanto* quelle necessarie, così si deve presumere che voglia far entrare in vigore queste norme *nel momento e soltanto nel momento* in cui la loro efficacia diviene necessaria (2).

Il termine iniziale del trattato diviene così, per volontà del legislatore, termine iniziale delle norme interne corrispondenti. Nè osta il fatto che l'art. 1 delle preliminari richiede indubbiamente una diversa disposizione *espressa;* sia perchè trattasi di una materia specialissima, concepita finora in modo assai confuso e, in ogni caso, dominata dal concetto che il testo del trattato fosse anche testo della legge (3); sia perchè non si può dire che manchi la diversa disposizione richiesta dall'art. 1, una volta che il legislatore

---

(1) In questo senso, esattamente, Seligmann, *op. cit.*, pag. 13, 217, Triepel, *op. cit.* pag. 428, Bendix, *op. cit.*, pag. 47 e segg., 149 e segg.

(2) Conforme Triepel, *op. cit.*, pag. 430, e, con motivazione che non saprei in tutto approvare, Heilborn, *Der Staatsvertrag als Staatsgesetz*, in *Archiv für öffentliches Recht*, vol. XII, 1897, pag. 166.

(3) Confr. Seligmann, *op. cit.*, pag. 210 e segg. Il concetto, ormai di evidenza intuitiva, che non tutto il contenuto del trattato possa diventare contenuto della legge, per la necessaria diversità delle obbligazioni assunte dagli Stati contraenti, era ancora una novità nel 1890, quando il Seligmann pubblicava il secondo volume de' suoi *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag.* Vedi anche Heilborn, *art. cit.*, pag. 172 e seg.

emana le norme riferendosi al testo del trattato ed assume così in una corrispondente disposizione della legge la determinazione del termine iniziale contenuto in quello.

Se non che, questa conclusione, che, in termini generali, ritengo esattissima, è inapplicabile nel caso nostro. Essa, infatti, presuppone la possibilità di desumere con certezza dal testo del trattato, reso ufficialmente pubblico, il termine in cui entra in vigore: se questa possibilità vien meno, manca la diversa disposizione voluta dall'art. 1 delle preliminari e deve necessariamente applicarsi la regola sussidiaria che questo contiene. Ora, il momento in cui entrava in vigore la convenzione era bensì stabilito in questa (art. 12), ma con riguardo alla data della ratifica, che era rimessa alla volontà dei singoli Stati; in altre parole, il testo del trattato si riferisce ad un tempo *incertus an et quando*, la cui decorrenza doveva essere concretata dall'atto della ratifica. L'atto di ratifica da parte dell'Italia era già avvenuto quando la legge fu promulgata e pubblicata, ma, secondo il consueto, non era stato reso ufficialmente pubblico, e la legge d'esecuzione, a differenza di quel che si è praticato in altri casi, non ne fa menzione di sorta, mentre, cosa curiosa, richiama la data della sottoscrizione da parte dei plenipotenziari (1)! In queste circostanze, è impossibile ammettere che il periodo della *vacatio legis* siasi ristretto agli otto giorni, che ancora mancavano a che entrasse in vigore il trattato; è necessario invece ritenere l'applicabilità della regola generale, secondo cui la legge è andata in vigore col 22 settembre 1905 (2).

Tanto più che, nei riguardi di coloro a cui si rivolge il comando legislativo, è ragionevole la presunzione che il legislatore provveda in modo da assicurare la corrispondenza fra il periodo normale della *vacatio legis* ed il momento in cui va in vigore la convenzione; in modo, cioè, che la condizione giuridica voluta dal trattato sia pronta nel momento in cui questo incomincia ad obbligare lo Stato. Qui, dunque, la natura propria della legge e la sua esistenza indipendente da quella del trattato si affermano con necessità assoluta, e portano di conseguenza che sia diverso il momento iniziale dell'efficacia dell'una e dell'altro (3).

---

(1) La data del deposito delle ratifiche da parte dell'Italia è invece richiamata nel R. D. 18 settembre 1905, n° 524, che autorizza la traduzione italiana delle tre convenzioni del 1902: mi pare fuori d'ogni dubbio che il richiamo fatto in questo decreto, esso pure, d'altronde, tardivo, non valga a supplire al difetto della legge.

(2) Confr. Triepel, *op. cit.*, pag. 430, nota 2. Mancherebbe invece, nel diritto italiano, ogni ragione per sostenere che la legge sia entrata in vigore *immediatamente*, e quindi prima della convenzione.

(3) Diversa è, naturalmente, la questione se la legge pubblicata dopo che il trattato andò in vigore abbia forza retroattiva: cfr. Heilborn, *art. cit.*, pag. 166 e seg., e Triepel, *op. cit.*, pag. 430 e segg. L'efficacia retroattiva riposa in ogni caso sopra la volontà della legge stessa; e quindi, come osserva giustamente il Triepel, non si può stabilire una regola generale e assoluta; la soluzione varia, o può variare, di volta in volta ed anche per le diverse parti di un medesimo trattato. È anche possibile che una disposizione del trattato abbia forza retroattiva, mentre non l'ha la corrispondente norma interna. Così, per esempio, in forza di un protocollo in data 12 giugno 1871 (pubblicato in Bendix, *op. cit.*, appendice I, n.° 3, pag. 336 e seg.), all'art. I del trattato 22 febbraio 1868 fra gli Stati Uniti d'America e la Confederazione Germanica del Nord, conosciuto comunemente sotto il

12. La dipendenza della legge dalla convenzione si manifesta invece piena ed intera per ciò che riguarda la di lei durata (1). La legge, essendo stata emanata in esecuzione di un trattato ed a questo scopo soltanto, vuole certamente durare quanto il trattato e

---

nome di *trattato di Bancroft* (in Martens, *Nouveau Recueil général de traités* ecc., 1.ª Serie, vol. XIX, pag. 78), fu apportato un emendamento interpretativo così concepito: « *This article shall apply as well to those already naturalised in either country as those hereafter naturalized* ». L'emendamento, debitamente stipulato, ebbe di certo efficacia internazionale, ma non fu pubblicato in Germania, dove perciò rimase in vigore la norma corrispondente all'art. I del trattato, andata in vigore il 10 giugno 1868, che non tocca affatto la questione dell'applicazione retroattiva. Nel caso nostro, mancando appunto una valida attestazione del momento in cui il trattato era entrato in vigore, la questione non ha ragion d'essere.

(1) Lascio da parte, perchè troppo lontane da ogni concreta probabilità nel caso nostro, le questioni relative all'abrogazione della legge, mentre è ancora in vigore il trattato: vedi in proposito v. Holst, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, nel manuale del Marquardsen, IV, 1, 3, Freiburg in B, 1885, pag. 109, Seligmann, *op cit.*, pag. 221 e segg., Heilborn, *art. cit.*, pag. 173 e segg. L'assoluta separazione che passa tra la forza obbligatoria del trattato e quella della legge postula, come regola generale, che l'uno e l'altra si estinguono nei modi ammessi rispettivamente dal diritto internazionale e dal diritto pubblico interno; donde, indubbiamente, la possibilità che la legge emanata in esecuzione di un trattato sia abrogata da una legge posteriore, anche se il trattato continua ad essere obbligatorio: altra è la questione, qual sia l'autorità competente ad emanare la legge abrogatrice; questione che può variare da Stato a Stato (vedasi, ad esempio, per il diritto germanico, Heilborn, *loc. cit.*). Ma la legge stessa può volere che la sua durata dipenda da quella del trattato; ossia può voler essere in vigore fino al momento in cui è in vigore il trattato: la durata della legge è così predeterminata dalla legge stessa. È il caso normale, a cui mi riferisco nel testo.

Le obiezioni che ha fatto di recente il Bendix, *op. cit.*, pag. 216 e segg., a questo rapporto di dipendenza della durata della legge da quella del trattato, in quanto non sono la semplice constatazione di alcuni inconvenienti e di alcuni difetti propri del sistema di pubblicazione degli atti internazionali adottato in Germania e altrove, mancano di ogni fondamento. È rigorosamente logico ammettere che una legge emanata per dare esecuzione ad un trattato internazionale *voglia* durare quanto il trattato medesimo: non si tratta di un rapporto di diritto pubblico interno, che leghi la durata della legge a quella del trattato e di cui i sostenitori di quest'opinione non abbiano saputo dimostrare l'esistenza, lasciando così vaga ed arbitraria tutta la teoria; è la volontà stessa della legge, insita nello scopo che si propone, e perciò presumibile sino a che non risulti il contrario, che le serve di fondamento. Non si capisce come il Bendix, pag. 218, possa vedervi una *finzione* solo perchè il principio non è scritto nella costituzione dello Stato! Nè si tratta, come a lui sembra, di una legge *denunziabile*, ma di una legge che prefigge un termine (certo o incerto) alla propria efficacia; ipotesi non comune di certo, ma neanche così strana come pare la ritenga il Bendix (Confr. il recentissimo studio di E. Bonnet, *De la promulgation*, Paris 1909, pag. 125 e seg.). La teoria qui sostenuta non disconosce nè punto nè poco il principio fondamentale, invocato dal Bendix, della esistenza indipendente della legge come tale, perchè ripone nella legge stessa il motivo della di lei estinzione. Naturalmente, il fatto che determina l'estinzione del trattato può aver bisogno di esser portato ufficialmente a conoscenza di coloro che sono tenuti ad osservare la legge corrispondente; così per es. la *denuncia* da parte del governo dell'uno o dell'altro Stato. E qui possiamo facilmente convenire col Bendix che il regime di pubblicità di questi atti internazionali lascia molto a desiderare, e può esser causa d'incertezze spiacevoli nello stato del diritto interno; ma questa non è una ragione contro il principio. E neppure è una ragione l'incertezza che può eventualmente sorgere nello stabilire l'efficacia giuridica internazionale di un dato modo di estinzione del trattato; per es., appunto, della denuncia non prevista espressamente dal trattato stesso. Tali questioni appartengono al diritto internazionale e vanno risolte coi principî di questo; l'incertezza loro può certamente esser causa d'inconvenienti anche nell'applicazione del diritto interno, ma sono inconvenienti inevitabili nello stato attuale dei rapporti internazionali e di cui il nostro non è che un esempio fra tanti.

non più: si può dire che essa è estintivamente condizionata (1) alla permanenza in vigore del trattato. Di qui deriva che, non soltanto il termine assegnato dal trattato alla propria durata diviene il contenuto di una corrispondente disposizione della legge (2), ma che questa cessa di essere in vigore anche se il trattato si estingue in uno qualunque degli altri modi ammessi dal diritto internazionale (3). Nel caso nostro, la convenzione assegna alla sua durata un periodo di 5 anni a partire dalla data del deposito delle ratifiche da parte della maggioranza degli Stati contraenti (art 13 al. 1 e 2, art. 10); e questo deposito avvenne il primo giugno 1904: soggiunge però l'art. 13 al. 3 che la convenzione sarà rinnovata tacitamente di 5 in 5 anni, salvo denuncia. Si tratta dunque in realtà, come ha osservato giustamente il Heilborn (4), di un trattato a tempo indeterminato *(dies incertus an et quando)*, con facoltà negli Stati firmatari di concretare, mediante denuncia, ciascuno nei propri riguardi, il *dies ad quem*, in uno dei periodi preventivamente stabiliti dal trattato stesso: o, a dire più precisamente, si tratta di un rapporto a corso continuativo o successivo, e rapporto per sè senza limiti (analogamente appunto ad altri rapporti di società), salva disdetta finale, alla quale soltanto, pel suo esercizio, è poi apposto un termine periodico *ad quem*, che la costringe e disciplina.

E l'omessa denuncia pertanto non è punto una *rinnovazione* del trattato; questo *continua ad essere in vigore* come per l'innanzi, non soltanto sostanzialmente, ma anche formalmente. Sicchè non vi è luogo a parlare nemmeno di una rinnovazione della legge: questa pure rimane in vigore, perchè non si è verificata in nessun momento la condizione estintiva, a cui ne fu subordinata fin da principio l'esistenza (5). Si verificherebbe invece

---

(1) Condizione impropriamente risolutiva e con effetto *ex nunc*, o cioè condizione solo estintiva o finale, o soltanto sospensiva di una ulteriore continuazione.

(2) Conforme: Laband, *op. cit.*, vol. II, pag. 154; Seligmann, *op. cit.*, pag. 217 e seg.; Heilborn, *art. cit*, pag. 181 e seg.; Triepel, *op. cit.*, pag. 434.

(3) Conforme: Laband, *op. cit.*, vol II, pag. 154 e segg; Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, vol. III, Freiburg 1890, pag. 28; Heilborn, *art. cit.*, pag. 196 e segg.; Triepel, *op. cit.*, pag. 434, e seg. Contro: Seligmann, *op. cit.*, pag. 218; Zorn, *Gesetz, Verordnung, Budget, Staatsvertrag*, negli *Annalen des Deutschen Reichs*, 1889, pag. 378. *Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 2ª ed., vol. I, Berlin 1895, pag. 515; Affolter, *Der Deutsch-schweizerische Niederlassungsvertrag. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Staatsverträgen*, in *Archiv für öffentliches Recht*, vol. VI, 1891, pag. 401 e segg. Ma l'Affolter combatte specialmente la teoria della delegazione di Jellinek e Laband, dichiarandosi piuttosto proclive ad ammettere il concetto della condizione risolutiva (pag. 403).

(4) Heilborn, *art. cit.*, pag. 184 e seg. Conforme: Donati, *op. cit.*, pag. 225.

(5) Anche se si volesse partire dal concetto di una tacita rinnovazione del trattato (eventualmente in base ad una delegazione fatta dal potere legislativo all'esecutivo, come crede il Racioppi, *op. cit.*, pag. 399), non sarebbe, parmi, necessario ammettere la rinnovazione della legge. Questa, infatti, si potrebbe in ogni caso considerare emanata per tutto il tempo in cui resteranno in vigore gli obblighi internazionali che la richiedono: ora, la rinnovazione del trattato da parte dell'organo competente, e sia pure, com'io credo, nel diritto nostro, il capo dello Stato, ha app nto per effetto la continuazione ininterrotta di quello stato di cose a cui corrisponde l'esistenza della legge. In altre parole, la sostituzione di un trattato ad un altro identico, nel momento stesso in cui questo cessa d'essere in vigore, non importa affatto una corrispondente sostituzione di legge a legge.

la condizione e la legge cesserebbe, *per questo motivo*, di essere in vigore, se l'Italia, valendosi della facoltà conferitale dall'art. 13, denunziasse la convenzione. Or siccome la cessazione della legge sarebbe un effetto, non della denuncia, come tale, ma semplicemente della estinzione del trattato, con cui si verificherebbe la condizione finale alla quale è sottoposta, così nessuna difficoltà può derivare alla nostra tesi dal fatto che la denuncia sia di competenza del potere amministrativo (1), nè occorre in alcun modo pensare ad una delegazione della facoltà di abrogare la legge da parte degli organi legislativi alla autorità amministrativa (2): la causa estintiva della legge risiede, in ogni caso, nella legge stessa. E nello stesso modo e con eguali considerazioni si eliminano le difficoltà sollevate da altri alla possibilità che la legge cessi di esistere se il trattato si estingue in un modo ammesso dal diritto internazionale, ma senza che vi concorra la volontà degli organi legislativi (3): la legge, infatti, si estingue, anche in questi casi, *ipso iure;* l'even-

---

(1) In questo senso, esplicitamente, il Riess, *op. cit.*, pag. 90 e seg.: fra noi Donati, *op. cit.*, pag. 224. Il concetto di Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pag. 362 e seg., di una delegazione generale della facoltà di abrogare o sospendere i trattati « *und die aus ihnen resultierenden Gesetzen* », fatta implicitamente al capo dello Stato, specialmente nei governi monarchici, mediante il potere di rappresentare lo Stato, è senza dubbio dominato dal proposito di trovare un criterio giustificativo dell'abrogazione della legge e risente dell'imperfetta distinzione fra il trattato e la legge, che si riscontra in tutta la sua teoria. Competenza a denunciare (o, eventualmente, abrogare) il trattato e competenza ad abrogare la legge sono certamente cose diverse; ed in questo senso si può convenire con Zorn (*Staatsrecht*, pag. 514 e seg., *Annalen d. d. Reichs*, 1889, pag. 378) e Affolter, (*art. cit.*, pag. 401 e segg.) che la denuncia, in quanto è atto governativo, non possa toglier vigore alla legge. Ma, come dico nel testo, l'estinzione della legge in seguito alla denuncia del trattato, ha tutt'altro fondamento; e non richiede nè una delegazione di poteri, nè un nuovo atto legislativo.

(2) Concordi: Seligmann, *op. cit.*, pag. 218; Heilborn, *art. cit.*, pag. 186 e seg; Triepel, *op. cit.*, pag. 434. Contro: Jellinek, *op.* e *loc. cit*, che si riferisce insieme al trattato ed alla legge; in riguardo a quest'ultima, Laband, *op. cit.*, vol. II, pag. 154, specialmente nota 1, e Stoerk, *Das Ausfuhrverbot und die partielle Suspension völkerrechtlicher Verträge*, nell'*Archiv für öff. Recht*, vol. IX, 1894, pag. 35. Contro la teoria della delegazione, Seligmann, *loc. cit.* e specialmente in nota, Affolter, *art. cit.*, pag. 402 e seg., Heilborn, *art. cit.*, pag. 187 e segg., Triepel, *loc. cit.*; ma con motivazioni assai diverse e non sempre accettabili.

(3) Concordi anche qui: Bornhak, *op.* e *loc. cit.*, Heilborn, *art. cit.*, pag. 196, Triepel, *op.* e *loc. cit.* Il Laband pure (*op cit.*, vol. II, pag. 154 e seg.) ritiene che nei casi in cui il trattato si estingue per un motivo di diritto internazionale (inadempienza dell'altro contraente, rappresaglie, intervento di un terzo Stato ecc.) anche la legge cessa di aver vigore *ipso jure*: la delegazione (insita nell'approvazione della clausola che stipula la facoltà di denuncia) sarebbe invece necessaria in caso di denuncia volontaria da parte del governo. Affermano invece la necessità di un atto legislativo, anche quando il trattato si estingue per un motivo di diritto internazionale, senza che vi concorra la volontà dello Stato: Zorn, *op. cit*, pag. 516, Gaupp, *Das Staatsrecht des Königreichs Würtemberg*, 2ª ed., Freiburg i. B. 1895, pag. 183, nota 1 (nel *Handbuch* del Marquardsen, vol. III, 1, 2), Sarwey, *Das Staatsrecht des Königreichs Würtemberg*, vol. II, Tübingen 1883, pag. 98 (ap. Heilborn, pag. 186). Affatto diversa è la questione se il capo dello Stato sia competente a compiere l'atto (per es. ordinare le rappresaglie) da cui deriva l'estinzione del trattato; questione che va risoluta in base al diritto pubblico interno dai singoli Stati. Vedansi, ad esempio, le discussioni alle quali ha dato luogo nel diritto pubblico germanico, in Seydel, *Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich*, 2ª ed. Freiburg i. B 1897, pag. 166, Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, vol. I, Leipzig 1892, pag. 552 e segg, Heilborn, *art. cit*, pag. 196 e segg, ecc.

tuale dichiarazione del governo ha, per tale riguardo, carattere meramente declaratorio, non costitutivo (1).

13. L'efficacia della legge emanata in esecuzione del trattato rispetto a quelle già esistenti, dal punto di vista del loro impero sui rapporti giuridici, non dà luogo, per quel che riguarda il nostro argomento, a considerazioni particolari. In quanto determina le condizioni per il riconoscimento delle sentenze straniere, la legge 7 settembre 1905 ha indubbiamente carattere processuale: valgono, quindi, i principî generali circa l'efficacia della legge processuale nuova rispetto a quella già esistente (2).

Naturalmente la questione non può riguardare che le sentenze straniere pronunziate in ordine alla convenzione, che in vari Stati entrò in vigore prima che in Italia.

Quanto ai giudizi di delibazione di queste sentenze, che fossero stati già *esauriti* prima che andasse in vigore la legge 7 settembre 1905, è certo che questa non può spiegare sopra di essi influenza alcuna (3); la cosa giudicata rimane, quantunque l'esecutorietà sia stata rifiutata per la mancanza di una condizione, che non è richiesta dalla legge nuova. Invece, della legge possono certamente giovarsi coloro che, dopo la di lei attuazione, domandano il riconoscimento di una sentenza di divorzio o di separazione personale ottenuta in uno Stato straniero prima di quel momento. Infine, per i processi che fossero stati *pendenti* quando entrò in vigore la legge 7 settembre 1905 si deve ammettere l'applicazione immediata di questa (4), sia perchè corrisponde alla regola generale da seguire ogni qual volta non è disposto altrimenti (5), sia perchè manca qualsiasi ragione per una soluzione diversa: l'applicazione integrale della legge antica ai processi pendenti è, del resto, ignota al nostro diritto positivo, e la divisione in periodi, per modo che si applichi la legge anteriore fino a compimento di un dato periodo del processo, non avrebbe senso nel caso nostro e non può in ogni modo ammettersi se non in base a speciali disposizioni di legge (6). Siccome la legge 7 settembre 1905 non fa, in questo caso, che modificare le condizioni richieste per

---

(1) Conformi: Heilborn, *art. cit.*, pag. 190, e Triepel, *op. cit*, pag. 435.

(2) Vedi in proposito Chiovenda, *op. cit.*, pag. 97 e segg. e gli altri ivi citati, specialmente Menger, *System des österreichischen Civilprocessrechts*, vol. I, Wien 1876, § 15 e Wach, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, vol. I, Leipzig 1885, § 18.

(3) Confr. Planck, *Lehrbuch des Deutschen Civilprocessrechts*, vol. I, München 1887, pag. 20, ed Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 31. Il principio, però, non riposa sul rispetto dei diritti quesiti, come dicono questi scrittori, bensì sull'inefficacia della legge rispetto al tempo in cui non esisteva.

(4) Confr. Wach, *op. cit.*, vol. I, pag. 213 e seg.; Planck e Hellwig, *op. e loc. cit.*

(5) Vedansi, ad esempio, gli art. 19 della legge d'introduzione della norma di giurisdizione e 47 della legge d'introduzione del codice di procedura civile austriaco, applicati in tema di delibazione da alcune sentenze pubblicate nella *Zeitschrift für intern. Privat- und Strafrecht*, vol. X, 1900, pag. 304 e seg.

(6) Per una esposizione critica dei vari sistemi adottati dalle leggi positive e dalla dottrina nel determinare i limiti di efficacia della legge processuale nel tempo, vedasi il recente studio del dottore Siciliani, *La retroattività delle leggi processuali civili*, nella *Giurisprudenza italiana*, 1908, I, 1, 5 e segg., erudito e diligente, ma con affermazioni troppo assolute e non sempre abbastanza giustificate, specialmente per quanto riguarda i rapporti fra il diritto transitorio e il diritto internazionale privato.

il riconoscimento delle sentenze straniere e non tocca la forma del procedimento, così non c'interessano le difficoltà che sorgono, in altri casi, per conciliare il valore degli atti già compiuti (regolati dalla legge antica) con quelli da compiere (che cadono sotto la legge nuova) (1).

14. Al pari di ogni altra legge, quella emanata in esecuzione di un trattato internazionale si applica a tutti quei fatti concreti, a cui si riferisce il comando astratto che contiene. Il modo nel quale viene emanata, assicura che la sua comprensione sia esattamente adeguata a quella delle corrispondenti clausole del trattato. Come l'art. 7 della convenzione riguarda le sentenze di divorzio e di separazione personale pronunziate conformemente ad essa, così la norma interna vigente in Italia si riferisce a tutte le sentenze pronunziate negli Stati firmatari, nei casi in cui è applicabile la convenzione. Il principio è semplice ed intuitivo, ma, nella sua applicazione, non lascia di dar luogo ad alcune difficoltà.

E prima di tutto: cosa vuol dire sentenze straniere *pronunziate nei casi in cui è applicabile la convenzione?* Sentenze pronunziate nei casi in cui il giudice italiano ritiene applicabile la convenzione, oppure sentenze che il giudice straniero ha pronunziato prendendo effettivamente per base della propria decisione le norme corrispondenti alla convenzione? In altre parole: il giudice italiano deve accertare che il caso deciso rientra nei limiti della convenzione? o deve invece accertare che il magistrato straniero l'ha di fatto applicata? o l'una e l'altra cosa insieme (2)?

Escludiamo intanto che basti a rendere applicabile dal giudice italiano la legge 7 settembre 1905 il giudizio affermativo del magistrato straniero sull'applicabilità della convenzione al caso concreto. Si tratta di stabilire se l'Italia è internazionalmente tenuta a riconoscere una data sentenza: ora, è impossibile che questa determinazione dipenda dall'apprezzamento dell'organo di una sovranità straniera; soltanto la sovranità italiana, per mezzo de' suoi organi, può dire se, in un dato caso, sussistono o no, per l'Italia, i doveri internazionali creati dalla convenzione. L'opinione affermativa del giudice straniero non impedisce affatto al giudice italiano di ritenere il contrario e quindi dichiarare inapplicabile la legge 7 settembre 1905. Si può dunque stabilire come primo criterio che *il magistrato italiano deve in ogni caso determinare, con piena indipendenza dal giudizio dato dal magistrato straniero, se il caso deciso rientra o no fra quelli contemplati dalla convenzione.*

Se il giudice italiano ritiene che il caso esce dai limiti della convenzione, dichiarerà inapplicabile la legge 7 settembre 1905, quantunque il magistrato straniero abbia detto il

(1) Confr. Chiovenda, *op. cit.*, pag. 99 e seg.

(2) Avverto una volta per tutte che, per semplicità di linguaggio, parlo di applicazione della convenzione anche quando si tratta realmente di applicazione delle norme interne emanate nei singoli Stati in seguito alla convenzione. Ma l'applicazione giudiziale del trattato e quella delle norme interne corrispondenti sono fra loro nettamente distinte: confr. il mio *Diritto internazionale nei giudizi interni*, specialmente a pag. 240 e segg.

contrario ed abbia di fatto applicato le norme della convenzione: in tal caso, il giudizio di delibazione si svolgerà secondo le norme del codice di procedura civile. Ma se il giudice italiano ritiene applicabile la convenzione, dovrà poi anche accertare che lo stesso fu ritenuto dal magistrato straniero? basta, in altre parole, che il giudice italiano accerti l'astratta applicabilità della convenzione al caso concreto, perchè debba limitare la propria indagine nell'ambito risultante dalla legge 7 settembre 1905, o è necessario altresì che gli risulti che la sentenza straniera fu pronunziata applicando effettivamente le norme volute dalla convenzione?

Una cosa, intanto, è fuori di dubbio; e cioè che l'Italia non è internazionalmente tenuta a riconoscere se non quelle sentenze che sono state pronunziate applicando effettivamente le norme della convenzione: il modo onde è concepito e formulato l'art. 7 non lascia dubbio in proposito. E già vedemmo che i limiti da noi assegnati all'indagine del magistrato italiano non derivano da un'obbligazione internazionale dell'Italia, ma dalla volontà di questa di non usare l'ampio potere di revisione e di apprezzamento, riserbato dall'art. 7 ai singoli Stati firmatari, quando il fare uso di questa facoltà importerebbe una deroga ingiustificata ed inutile ai concetti fondamentali della nostra legge, in materia di esecuzione delle sentenze straniere. Dal punto di vista del diritto internazionale si può dunque dire che l'Italia non è obbligata a riconoscere le sentenze straniere di divorzio o di separazione personale, nè quando essa ritiene inapplicabile la convenzione, ancorchè il magistrato straniero l'abbia ritenuta applicabile, nè quando il magistrato straniero non l'ha applicata, ancorchè il giudice italiano la ritenga applicabile.

Nessun dubbio sull'inapplicabilità della legge 7 settembre 1905 nel primo caso, perchè non si può pensare che norme emanate unicamente in esecuzione di un trattato riguardino dei rapporti, che noi riteniamo non contemplati dal trattato stesso. Ma la cosa non è altrettanto semplice e chiara nel secondo: può il giudizio del magistrato straniero avere per effetto di rendere inapplicabili in Italia delle norme emanate appunto per quei dati casi? e non è invece logico ritenere, poichè nessun obbligo internazionale vi si oppone, che queste norme debbano essere applicate in tutti i casi ai quali, per la loro natura, si riferiscono, qualunque sia stato il giudizio del magistrato straniero? Ma si osservi anzitutto che l'applicazione della legge 7 settembre 1905 non sarebbe esclusa dal giudizio del magistrato straniero, bensì dal fatto che si tratterebbe di una sentenza, rispetto alla quale non si verificherebbero le condizioni volute per l'applicazione di quella legge: la volontà dell'organo di una sovranità straniera non può di certo escludere l'applicazione di una legge italiana in Italia, ma ben può la legge stessa non voler essere applicata perchè il giudice straniero ha ritenuto una cosa invece di un'altra. Ora, è evidente che la legge in discorso non presuppone soltanto l'astratta applicabilità della convenzione, ma parte dal concetto che sia stata effettivamente applicata dal magistrato straniero nella sentenza di cui si domanda il riconoscimento in Italia. E poichè l'applicazione della convenzione dipende da criteri che possono essere diversamente intesi nei vari paesi, così è necessario che il giudice italiano accerti che anche il magistrato straniero ritenne di dover applicare le norme volute dalla convenzione, perchè soltanto in questo caso può dirsi che si tratti di

una sentenza, al riconoscimento della quale sono applicabili le regole create con la legge 7 settembre 1905. Come si potrebbe concepire che il giudice italiano applicasse le norme emanate per attribuire efficacia in Italia alle sentenze straniere *pronunziate conformemente alla convenzione,* quando il giudice straniero avesse invece ritenuto inapplicabile la convenzione al caso concreto?

Nè si può dire che l'obbligo di applicare la convenzione, accertato, per conto proprio, dal giudice italiano, è garanzia sufficiente della di lei effettiva applicazione da parte del magistrato straniero; mentre, non soltanto i criteri che determinano i limiti di applicabilità della convenzione sono suscettivi di diverse interpretazioni da parte dei tribunali dei vari Stati, ma sono addirittura diverse le norme in base a cui ciascuno di essi deve stabilire quello fondamentale della cittadinanza delle parti. Com'è noto, la convenzione non si occupa e non ha voluto occuparsi delle controversie in materia di cittadinanza: ogni Stato determina la cittadinanza degli interessati secondo le norme che ha accolto nelle sue leggi o nelle convenzioni particolari con altri Stati; onde può darsi benissimo che l'applicabilità o inapplicabilità della convenzione sia la necessaria conseguenza della diversità delle norme, che i giudici di due Stati devono prendere per base della loro decisione. Ora, il fatto che l'applicazione della convenzione dipende da premesse che sono e possono essere legalmente diverse nei diversi Stati, conferma la volontà della legge di essere applicata soltanto se anche il magistrato straniero ha ritenuto di dover fondare la propria pronunzia sopra le norme stabilite dalla convenzione.

E neppure varrebbe in contrario osservare che l'indagine in discorso è affatto estranea al nostro giudizio di delibazione, il quale non si preoccupa affatto delle norme che il magistrato straniero ha posto a base della sua decisione, e che perciò manca ogni ragione di ritenere che siasi voluto imporla con la legge 7 settembre 1905. Qui non si tratta di stabilire una condizione al riconoscimento delle sentenze straniere, ma soltanto di determinare l'applicabilità di certe norme: le condizioni per il riconoscimento delle sentenze straniere restano quelle e soltanto quelle volute dal nostro diritto; ma siccome queste condizioni sono diverse, secondo che si tratta di sentenze pronunziate in base alla convenzione o no, così bisogna accertare questo fatto, al solo scopo di determinare se le condizioni sono quelle generali dell'art. 941 cod. proc. civ. o quelle speciali della legge 7 settembre 1905. Concludendo; *il giudice italiano,* dopo avere accertato per conto proprio e con piena indipendenza di giudizio che il caso deciso rientra nei limiti della convenzione, *deve accertare altresì che questa fu ritenuta applicabile anche dal magistrato straniero; soltanto in questo caso applicherà le norme emanate con la legge 7 settembre 1905.*

15. L'applicazione di questa legge richiede dunque il concorso di due condizioni: *a*) che il caso deciso rientri, a giudizio del magistrato italiano, nell'ambito della convenzione; -- *b*) che l'applicabilità della convenzione sia stata ammessa anche dal magistrato straniero, della cui sentenza si domanda in Italia il riconoscimento. Esaminiamole brevemente.

a) Secondo le disposizioni degli art. 9 e 10 della convenzione, questa è applicabile se: 1°. La sentenza è stata pronunziata da un tribunale appartenente ai territori europei degli Stati contraenti; rimangono quindi escluse, non soltanto le giurisdizioni coloniali, ma anche quelle estraterritoriali — 2°). È stata pronunziata fra persone, delle quali una almeno è cittadina di uno degli Stati contraenti; rimangono quindi escluse tutte le sentenze pronunziate fra persone, nessuna delle quali ha la cittadinanza di uno Stato contraente — 3°). La legge, o le leggi applicabili appartengono ai detti Stati; e sono quindi escluse tutte le sentenze pronunziate in casi, nei quali, per il disposto dell'art. 8 della convenzione, la legge applicabile alla domanda di divorzio o di separazione è quella di uno Stato non firmatario. Su ciascuno di questi punti il giudice italiano esamina e decide con criterio proprio, indipendentemente dal giudizio, esplicito o implicito, del magistrato straniero; e secondo i risultati del proprio raziocinio afferma o nega, da questo primo punto di vista, l'applicabilità della legge 7 settembre 1905.

Non posso naturalmente fermarmi ad illustrare questi tre criteri, considerandoli in sè medesimi e nei loro scambievoli rapporti; ciò richiederebbe un esame complessivo della convenzione, ben più ampio di quello che mi sono proposto. Aggiungo soltanto poche considerazioni sull'ultimo, che, per il suo significato, può dar luogo a qualche difficoltà, più strettamente connessa al nostro argomento.

La ragione di questo limite all'obbligatorietà della convenzione è nitidamente espressa nella relazione del Renault sulle disposizioni concernenti i conflitti di legge in materia di matrimonio (1); donde passò, per identità di motivi, in quelle relative al divorzio (2). Non è possibile impegnarsi, è detto nella relazione, a rispettare una legge qualunque, che fosse applicabile secondo i principî posti nella convenzione, perchè questa legge potrebbe essere quella di un paese di civiltà affatto diversa: perciò l'articolo..... dichiara che nessuno Stato contraente si obbliga ad applicare una legge, che non sia quella di un altro Stato contraente; per una legge siffatta, ogni Stato riprende la sua libertà di apprezzamento e di decisione. Il significato giuridico della disposizione parmi, dopo ciò, molto chiaro: la convenzione non riguarda quei casi, in cui uno Stato, in base ai principî in essa sanciti, ritiene che la legge competente a regolare il rapporto sia quella di uno Stato non contraente. Senza dubbio, lo Stato può, se crede, applicare la legge di uno Stato non contraente, designata dalla convenzione; ma se l'applica è per sua volontà, in base ad una norma di competenza che egli si dà liberamente, non in forza della convenzione e in base alle norme di competenza da questa volute. Ne segue che l'atto dello Stato non ha in tal caso, di fronte agli altri Stati, il valore di un'applicazione della convenzione (3).

---

(1) *Actes de la 3.me Conférence de la Haye pour le droit international privé*, pag. 179.

(2) *Ibid.*, pag. 214.

(3) L'interpretazione del secondo alinea dell'art. 9, qui sostenuta, differisce da quella che dà il Buzzati al corrispondente al. 2 dell'art. 8 della convenzione per regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio (*Trattato di diritto internazionale privato secondo le convenzioni dell'Aia*, vol I, nn. 111-112, e vari altri citati a pag 386). La differenza principale consiste in ciò, che il Buzzati considera come applicazione della convenzione i casi in cui uno Stato, *non valendosi della facoltà la-*

Di qui deriva che la sentenza pronunziata in uno Stato applicando la legge designata dalla convenzione, ma appartenente ad uno Stato non firmatario, non è fra quelle che gli altri Stati, per l' art. 7, sono tenuti a riconoscere. D' altronde, il riconoscimento della sentenza straniera non è che applicazione indiretta del diritto straniero (1); quindi, come gli Stati firmatari non hanno obbligo di applicare direttamente una legge che non appartiene ad alcuno di loro, così non possono aver quello di applicarla indirettamente, riconoscendo una sentenza fondata sopra di essa. Escluso il dovere internazionale di riconoscere queste sentenze, se ne desume logicamente l' inapplicabilità delle norme emanate con la legge 7 settembre 1905, la quale riguarda soltanto le sentenze che l' Italia è tenuta a riconoscere in forza della convenzione: mancherebbe, infatti, ogni fondamento per ritenere che quella legge voglia essere applicata in un caso, in cui non sussiste il dovere internazionale che ne determinò l' emanazione. E ciò vale tanto se l' applicabilità della legge di uno Stato non contraente fu ritenuta dal giudice italiano e straniero insieme, quanto se fu ritenuta soltanto dal primo o soltanto dal secondo: abbiamo visto, infatti, che la legge 7 settembre 1905 è inapplicabile, tanto se l' applicazione della convenzione è esclusa dal giudice italiano e non dal giudice straniero, quanto se è esclusa da questo, benchè il primo la ritenga applicabile. In ogni caso, adunque, il giudizio di delibazione sarà quello regolato dall' art. 941 del cod. di proc. civ.

b). L' indagine sul giudizio dato dal magistrato straniero in ordine all' applicabilità della convenzione ha per solo scopo di accertare una condizione dell' applicabilità della legge 7 settembre 1905. Di regola ciò risulterà dalla semplice lettura della sentenza straniera; ma non si può certo escludere il diritto e l' obbligo del magistrato italiano di spingere oltre il suo esame, fino al punto in cui lo crede necessario, per convincersi che il giudice straniero ha ritenuto di dover porre a base della propria decisione le norme stabilite dalla convenzione.

È invece assolutamente escluso, dal concetto stesso e dal fine dell' indagine, ogni apprezzamento sulle ragioni per cui il giudice straniero ha affermato o negato l' applicabilità della convenzione. Il giudice italiano non è chiamato ad esaminare se il giudice straniero ha avuto ragione di ritenere applicabile o no la convenzione, ma unicamente a constatare che l' ha ritenuta applicabile o inapplicabile. D'altronde, i motivi della sua decisione sono, da questo punto di vista, necessariamente irrilevanti. Infatti, se il giudice italiano ritiene

---

sciata dall'art. 8 al. 2, applica la legge di uno Stato non contraente. A me pare che solo impropriamente si parli qui di *facoltà*: la convenzione non accorda agli Stati una *facoltà di non applicare* ecc, ma semplicemente *non li obbliga,* quando ne deriverebbe l'applicazione ecc. Conforme: Schwartz, *Ungarns Anschluss an die Haager Familienrechtskonvention,* nella *Zeitschrift für internationales Privat - u. öffentliches Recht,* vol XVIII, 1908, pag. 385 e seg. La questione, che si collega a quella più generale dell'esistenza di *norme dispositive* nel diritto internazionale, è per altro più complessa nella convenzione relativa al matrimonio che nella nostra, a causa specialmente della clausola del rinvio.

(1) In quanto la sentenza è volontà di legge nel caso concreto. Confr. Chiovenda, *op. cit*, pag. 106 e segg. Sull'influenza che ha avuto questo punto di vista nella teoria dell'esecuzione delle sentenze straniere, vedi v. Bar, *op. cit.,* vol. II, pag. 413 e segg., e gli scrittori citati ivi nella nota 9 a pag. 414.

che la convenzione non riguardi il caso concreto, egli già per questo motivo dichiarerà inapplicabile la legge 7 settembre 1905, senza bisogno di esaminare quello che ha ritenuto in proposito il magistrato straniero. Se il giudice italiano la ritiene applicabile, ma trova che il magistrato straniero l'ha ritenuta inapplicabile, basta la constatazione del fatto ad escludere l'applicazione della legge 7 settembre 1905, qualunque siano le ragioni che hanno condotto il magistrato straniero a quel risultato, ed i reclami a cui possano eventualmente dar luogo nei rapporti da Stato a Stato. Che se anche il giudice straniero avesse ritenuto applicabile la convenzione, ma per motivi diversi da quelli pei quali la ritiene applicabile il giudice italiano, non mi pare che ciò potrebbe avere influenza sull'applicabilità al giudizio di delibazione della legge 7 settembre 1905, ma bensì e soltanto sulla valutazione delle condizioni richieste perchè la sentenza di cui si tratta sia riconosciuta in Italia. Si tratterebbe, infatti, di un apprezzamento del modo nel quale il giudice straniero ha applicato le norme volute dalla convenzione; apprezzamento che non è, evidentemente, ammissibile, se non nei casi e nei limiti in cui l'applicazione si collega con le condizioni richieste per il riconoscimento della sentenza straniera. Se, per esempio, il giudice italiano afferma l'applicabilità della convenzione perchè i coniugi erano cittadini dello Stato firmatario A, e il giudice straniero perchè erano cittadini dello Stato firmatario B, non si può dire che manchino le condizioni per applicare alla delibazione della sentenza la legge 7 settembre 1905. Dato, poi, che la determinazione della cittadinanza dei coniugi abbia portato il magistrato straniero ad affermare una competenza giurisdizionale, che il giudice italiano, partendo da una diversa determinazione della cittadinanza, non può ritenere conforme alle disposizioni dell'art. 5 della convenzione, la sentenza non sarà riconosciuta in Italia, per la mancanza di una delle condizioni richieste; mentre il diverso apprezzamento della cittadinanza dei coniugi non potrebbe spiegare alcuna influenza nel giudizio di delibazione, se avesse avuto per unico effetto che il giudice straniero avesse ritenuto applicabile la legge dello Stato firmatario A, dove il giudice italiano avrebbe dichiarato applicabile quella dello Stato firmatario B, perchè la legge applicata dal magistrato straniero al rapporto giuridico sostanziale è, secondo la nostra legislazione, irrilevante riguardo al riconoscimento della sentenza (1).

---

(1) *Quid iuris*, se, mentre il giudice italiano ritiene che il caso rientri nella convenzione, il giudice straniero ne applica le norme, ma ammette in pari tempo un fatto, che, secondo il giudice italiano, ne escluderebbe l'applicabilità? ammette, per esempio, che al momento dell'istanza giudiziale ambedue i coniugi fossero cittadini di uno Stato non contraente, ma ritiene che basti, per applicare la convenzione, il fatto che essi appartenevano ad uno Stato contraente quando si verificò la causa del divorzio? Se il giudice italiano ritenesse la stessa cosa, dichiarerebbe inapplicabile la convenzione e quindi la legge 7 settembre 1905; ma egli ritiene che i due coniugi, al momento dell'istanza, non avesser perduto la cittadinanza anteriore. Si potrebbe, forse, osservare che in questo caso vien meno l'obbligo internazionale dello Stato dove la sentenza fu pronunziata, e per conseguenza non si può dire che sieno state applicate le norme *volute dalla convenzione*; sono state applicate, e la cosa è diversa, norme materialmente uguali a quelle volute dalla convenzione, in un caso in cui questa non ne richiedeva l'applicazione. Ma io credo che il giudizio sull'applicabilità della convenzione da parte del magistrato straniero abbia importanza per noi solamente in quanto ne dipende l'effettiva applicazione di certe date norme; basta che le ritenga applicabili, e sia pure erroneamente dal suo punto di vista, se il giudice italiano ritiene, dal canto proprio, che il caso deciso rientra nei limiti della convenzione.

CAPO QUINTO

Il passaggio in giudicato della sentenza straniera.

16. Riconoscere il divorzio o la separazione personale pronunziati da un tribunale straniero, vuol dire ammettere l'effetto giuridico proprio di queste pronunzie. Vedremo poi qual sia questo effetto e da qual legge vada regolato: ora importa soltanto osservare, che, per essere capaci di produrlo, le sentenze devono avere acquistato la forza di cosa giudicata. L'espressione è adoperata qui nel suo significato *formale*: significa, cioè, che la sentenza dev'essere divenuta definitiva, rispetto al processo in cui venne pronunciata. Così inteso, il passaggio in giudicato costituisce il presupposto necessario dell'effetto che si tratta di riconoscere: non vi era dunque bisogno di farne espressamente, come in altri casi (1), una condizione del riconoscimento della sentenza straniera, perchè s'intende da sè che non è possibile prescinderne. L'obbligo imposto dalla convenzione riguarda soltanto le sentenze, che hanno acquistato la forza di cosa giudicata.

Lo stesso principio si deve ammettere nel diritto interno italiano. La dottrina e la giurisprudenza, guidate dall'erroneo concetto che il giudizio di delibazione si riferisca soltanto all'esecuzione forzata delle sentenze straniere, mentre la loro efficacia di cosa giudicata sussisterebbe in Italia prima e indipendentemente da ogni atto concreto della sovranità italiana, hanno generalmente trascurato questo punto, contentandosi di affermare che obietto del giudizio di delibazione possono essere tutte le sentenze suscettive di esecuzione materiale, e quindi, non soltanto quelle definitive, ma anche quelle provvisoriamente eseguibili (2). A parte il valore di questo principio nei riguardi dell'esecuzione forzata (3), certo è che non tocca nè punto nè poco il caso nostro. L'esecuzione

---

(1) Mi riferisco specialmente all'art. 13 n. 2 della convenzione dell'Aia 14 novembre 1896, concernente varie materie di diritto internazionale privato relative alla procedura civile (*Raccolta dei trattati* ecc., vol. XIV, pag. 362). Trattandosi delle sentenze di condanna nelle spese di giudizio, poteva esser dubbio se l'obbligo di renderle esecutorie si riferisse anche a quelle non definitive, ma munite di esecuzione provvisoria. L'art. 56 della convenzione di Berna, 14 ottobre 1890, sul trasporto internazionale delle merci per ferrovia (*Raccolta cit.*, vol. XII, pag. 388), richiede che le sentenze sieno divenute esecutive secondo la legge del giudice che le ha pronunziate; ma soggiunge poi espressamente che la disposizione non riguarda le sentenze provvisoriamente esecutive.

(2) Vedi Cuzzeri, *op. cit.*, sull'art. 941, n. 6; Mattirolo, *Trattato*, vol. VI, n. 1200; De Rossi, *op. cit.*, n. 70; La Loggia, *op. cit*, n. 156; e la dottrina e giurisprudenza ivi citate. La tesi è accolta ora, con motivazione diversa e più rigorosa, da Chiovenda, *op. cit.*, pag. 791.

(3) Lo contesta recisamente e con ragioni di molto peso il Mortara, *Commentario*, vol. V, nn. 35-36. Confr. in senso contrario: v. Bar, *op. cit*, vol. II, pag. 470 e segg., Walker, *Streitfragen aus dem internationalen Civilprocessrechte*, Wien 1897, pag. 198 e segg. Delle legislazioni straniere, esclude l'esecutorietà delle sentenze estere non ancora definitive il cod. germanico, § 723 al. 2: « *Das Vollstreckungsurteil ist erst zu erlassen, wenn das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses geltenden Rechte die Rechtskraft erlangt hat* ». Invece, secondo il § 80, n.° 3, della legge austriaca sull'esecuzione una domanda di esecutorietà di una sentenza straniera può essere accolta

provvisoria, o si guardi alle sue origini storiche o alle ragioni che la giustificano, è propria di una categoria di sentenze affatto diverse da quelle di cui parliamo, le quali invece, per loro natura, non sono efficaci se non in quanto sussiste un accertamento definitivo. Nulla, quindi, se ne può desumere contro la necessità di accertare il passaggio in cosa giudicata, quando dalla sentenza straniera si devono desumere degli effetti, che, per loro natura, lo presuppongono. Si deve dire piùttosto, che, come l'esecutorietà della sentenza nello Stato estero è, in ogni caso, il presupposto necessario dell'esecutorietà nel regno, così il passaggio in giudicato costituisce il presupposto necessario del riconoscimento di qualsivoglia effetto della sentenza, che ad esso si collega (1). Si potrà discutere, in altre parole, se il passaggio in giudicato sia condizione necessaria dell'esecuzione forzata della sentenza straniera, dal momento che varie leggi processuali, e la nostra fra queste, ammettono l'esecuzione di sentenze non ancora definitive; ma non è possibile dubitare che soltanto una sentenza definitiva sia capace di produrre nello Stato quelli effetti, che delle sentenze definitive esclusivamente son proprî. Ciò posto, e data la necessità che il riconoscimento della sentenza straniera avvenga per mezzo di un apposito giudizio, l'obbligo del giudice italiano di accertare il passaggio in giudicato non può dar luogo a dubbio di sorta.

17. Come fatto processuale, il passaggio in giudicato dipende dalla legge del paese dove la sentenza è stata pronunziata (art. 10 disposiz. prelim. al cod. civ.) (2). In base a questa legge si deve determinare, tanto se contro quella data sentenza mancano affatto o non sono più ammissibili mezzi d'impugnativa, quanto se l'esistenza di alcuno fra questi mezzi esclude o no la forza di cosa giudicata. L'idea di risalire ad un concetto universalmente valevole della cosa giudicata, come vorrebbe il Wach (3), è di diritto naturale: non esiste, giuridicamente parlando, un principio generale che determini come e quando le sentenze acquistano quell'efficacia, che noi designiamo col nome di cosa giudicata esistono, nei singoli ordinamenti giuridici territoriali, dei principî vari e variabili, che determinano come e quando la volontà concretata nella sentenza diviene definitiva ed irretrattabile (4). Il giudice deve, per necessità, riferirsi ai principî vigenti in un dato

---

« wenn das Erkenntniss gemäss dem darüber vorliegenden Zeugnisse des ausländischen Gerichts oder sonstigen Behörde nach dem für letztere geltenden Rechte einem die Vollstreckbarkeit hemmenden Rechtszuge nicht mehr unterliegt ».

(1) Conforme Hellwig *op. cit.*, vol. I, pag. 131, nel confronto fra i §§ 328 e 723 del cod. di proc. civ. germanico.

(2) Confr.: Heidecker, *Ueber die materielle Rechtskraft ausländischer Urteile*, nella *Zeitsch. für deutschen Civilprocess*, vol XVIII, pag. 473 e seg.; Zitelmann, *op. cit.*, vol. II, pag. 274; Schmidt, *op. cit.*, pag 288; Fitting, *Der Reichs-Civilprocess*, 13ª ed., Berlin 1907, pag. 763; Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 131. Fra noi, Mortara, *op. cit*, vol. V, n. 35. Il principio è espressamente sancito nel § 723 al. 2 del cod germanico; nel § 328 non se ne parla perchè senz'altro evidente: confr. Hellwig, *loc. cit.*, nota 7.

(3) Wach, *op. cit.*, vol I, pag. 229.

(4) Confr. v. Bar, *op. cit*, vol. II, pag. 471, nota 14. La storia, del resto, dimostra la possibilità che una legislazione ignori il principio stesso della cosa giudicata: vedi Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XLIII, pag. 1-2.

ordinamento giuridico, e, nel caso nostro, evidentemente a quelli in vigore nello Stato dove la sentenza fu pronunciata. L'applicazione di qualunque altra legge, in particolare di quella dello Stato dove si domanda il riconoscimento, è esclusa dalla natura stessa della questione: soltanto la legge dello Stato da cui emana la sentenza può dire se la volontà concretata in essa è divenuta definitiva (1). D'altronde, se la sentenza ha acquistato la forza di cosa giudicata nello Stato estero, si può ben dire che sussiste il dovere, e quindi la volontà dell'Italia di riconoscerla, quand'anche fosse ammissibile contro di essa un mezzo di impugnativa, che, a termini della legge italiana, impedirebbe il passaggio in giudicato, mentre, d'altro lato, nessun motivo può esservi di attribuire ad una sentenza estera un'efficacia che ancora non ha, sol perchè il mezzo d'impugnativa è tale, che, secondo la nostra legge, non le avrebbe impedito di acquistarla. S'intende che qui mi riferisco soltanto alla cosa giudicata in senso *formale*, che è il semplice divenire definitivo della sentenza: rispetto alla cosa giudicata in senso *sostanziale*, cioè all'autorità che spiega la sentenza passata in giudicato (2), possono venire in considerazione altre leggi, ed in ispecie quella dello Stato dove tale autorità si fa valere.

L'indagine sommariamente delineata non presenta però nulla che sia particolare all'oggetto di questo studio: tralascio, quindi, di occuparmene più minutamente.

CAPO SESTO

L'indagine sulla competenza del tribunale straniero.

18. L'esame della competenza del giudice, che ha pronunciato la sentenza di cui si chiede il riconoscimento in Italia, è contemplato tanto dalla convenzione, quanto dal codice di procedura civile. La competenza costituisce quindi una condizione del riconoscimento dell'attività del giudice straniero, che il giudice italiano deve accertare anche nel caso nostro. Ma per determinare esattamente il contenuto ed i limiti di quest'indagine, e quindi i rapporti in cui si trova con quella voluta dal n.° 1 dell'art. 941, occorre anzitutto vedere qual'è il significato e l'effetto delle regole di competenza giurisdizionale stabilite nell'art. 5 della convenzione.

Quest'articolo è uno di quelli che sono usciti più profondamente modificati, attraverso alle elaborazioni subite nel seno delle varie Conferenze. Una disposizione riguardante

---

(1) Il principio è ammesso anche dalla giurisprudenza anglo-americana: confr. Dicey, *Conflict of Laws*, London 1896, pag 417 e 436. Si osservi che sentenza definitiva non vuol dire, giuridicamente parlando, sentenza che non può assolutamente essere sostituita da un'altra, bensì sentenza che l'ordinamento giuridico vigente considera destinata a valere definitivamente come volontà della legge: ciò non esclude la possibilità che sia in seguito annullata e sostituita dall'affermazione di una volontà contraria (come da noi con l'istituto della *revocazione*). Ora è evidente che questa qualifica della sentenza può esser data soltanto dalla legge dello Stato che l'ha pronunziata.

(2) Sulla distinzione di cosa giudicata *materiale* e *formale*, e sui rapporti fra l'una e l'altra, vedi specialm.: Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 774; Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 228 e seg., 232 e segg.; Gaupp-Stein, *op. cit.*, sul § 322, n.° I; Chiovenda, *Principî*, pag. 754, 793.

la competenza nelle azioni di divorzio o di separazione personale comparisce per la prima volta (1) nell'art. 9 dell'*Avant-projet* della commissione incaricata dalla seconda Conferenza (1894) di studiare le questioni relative al matrimonio, così formulato: « L'action en divorce on en séparation de corps peut être intentée: 1° devant le tribunal compétent du lieu où les époux sont domiciliés. Si, par suite d'une séparation de corps antérieure à la demande en divorce, les époux n'ont pas le même domicile, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur. Toutefois est réservée l'application de la loi nationale qui, pour les mariages religieux, établirait une juridiction spéciale exclusivement compétente pour connaitre des demandes en divorce ou en séparation de corps; 2° devant le tribunal qui serait compétent d'après la loi nationale des époux » (2).

La relazione, presentata, a nome della commissione, dal Renault, spiega chiaramente i concetti che informarono questa proposta. Essa parte dall'idea che i coniugi hanno diritto di rivolgersi alla giurisdizione competente del luogo dove sono domiciliati, e che questa non può rifiutarsi di conoscere della domanda per il motivo della estraneità delle parti. La relazione si fonda sugli argomenti addotti più volte contro il principio che vuole riserbate esclusivamente ai tribunali nazionali le questioni di stato personale; in specie sulle difficoltà di fatto che, in tal guisa, si frappongono ad una facile, retta e sollecita risoluzione delle controversie, e sulla possibilità che ne derivi un vero e proprio diniego di giustizia. Una riserva, per altro, parve necessaria per quelli Stati, che, avendo conservato al matrimonio un carattere strettamente religioso, deferissero esclusivamente ad una giurisdizione speciale (per es. un tribunale ecclesiastico) la conoscenza di tutte le domande di divorzio o di separazione: la competenza del tribunale del domicilio non può derogare ad una giurisdizione avente questo carattere. Ma, prescindendo da questo caso speciale, la giurisdizione del domicilio, pur essendo normalmente competente, non deve escludere la giurisdizione nazionale: i coniugi sono legati da vincoli diversi, ma egualmente forti, alle giurisdizioni dei due Stati; è naturale, quindi, che si lasci loro la scelta fra l'una e l'altra, tanto più che ciò potrà, in alcune contingenze, semplificare notevolmente le cose ed eliminare conflitti, altrimenti insolubili (3). I criteri accolti dalla commissione, e tradotti nell'articolo surriferito, si possono quindi riassumere così: 1° La giurisdizione nor-

(1) Nel *projet-de-programme* redatto dal governo olandese per la prima Conferenza, fra le varie questioni raccolte sotto il titolo del matrimonio, ve n'erano alcune relative al divorzio ed alla separazione personale; ma non toccavano affatto il tema della competenza giudiziaria (*Actes de la Conf.* ecc., 1re Partie, pag. 10). La prima Conferenza non si occupò dell'argomento; e le proposte relative al matrimonio, come osserva l'Asser nel discorso di chiusura (*Actes* cit., pag. 82), assunsero forma tale, da poter costituire un progetto a sè, capace di essere adottato come tale, prima e indipendentemente dalle disposizioni relative agli effetti del matrimonio, al divorzio e alla separazione personale, che nel *projet-de-programme* costituivano un titolo solo. Si delinea così la distinzione, che informò dipoi i lavori ed i risultati delle Conferenze successive, e permise alla convenzione riguardante il divorzio e la separazione personale di assumere un carattere per più riguardi diverso da quello della convenzione relativa al matrimonio, specialmente perchè si occupa di argomenti di diritto formale, che sono in quest'ultima completamente lasciati da parte.

(2) *Actes de la 2me Conf.* ecc., pag. 88.

(3) *Actes*, cit., pag. 86-87.

malmente competente nelle cause di divorzio e di separazione personale è quella del domicilio (comune o del convenuto); 2° È però in facoltà dei coniugi di rivolgere invece la loro domanda ai tribunali dello Stato al quale appartengono; 3° La giurisdizione nazionale è sola competente, quando si tratta di matrimoni religiosi, pei quali esiste una particolare magistratura, investita di competenza esclusiva nelle cause di cui si tratta.

La discussione, che ebbe luogo in seduta plenaria su questo progetto, ne lasciò inalterati i concetti fondamentali. Anzi, il relatore ebbe occasione di confermarli, rispondendo ad una osservazione del delegato italiano Pierantoni, il quale, per ragioni, più che altro, di metodo, aveva espresso il desiderio che fosse data la precedenza al caso in cui l'azione viene intentata dinanzi ai tribunali nazionali (1). E con alcune modificazioni, su cui non occorre fermarsi, l'articolo fu approvato e passò nel protocollo finale della Conferenza come quinto delle disposizioni concernenti il divorzio e la separazione personale (2).

Sottoposte le risoluzioni della Conferenza all'apprezzamento dei varî Stati, fu dal Ministero ungherese della giustizia osservato che la giurisdizione del domicilio doveva intendersi ammessa soltanto nel caso che la legislazione nazionale dei coniugi riconoscesse la competenza dei tribunali stranieri nelle questioni di divorzio e di separazione; e reputando necessario che ciò fosse chiaramente espresso, proponeva una nuova redazione dell'art. 5, con la quale si stabiliva che i coniugi potessero rivolgersi ai tribunali del domicilio « *en tant que la compétence des tribunaux étrangers est reconnue par les lois nationales* etc. » (3). In realtà, si trattava di ben altro che di una modificazione di forma. Nelle risoluzioni della Conferenza la giurisdizione del domicilio non era affatto subordinata alle disposizioni della legge nazionale dei coniugi: era la giurisdizione normalmente competente, che tutti gli Stati firmatari, compreso quello al quale appartengono i coniugi, dovevano riconoscere. Ciò risulta in modo evidente, oltre che dalla relazione del Renault e dalla discussione che ebbe luogo in seduta plenaria, dalla riserva fatta a favore della giurisdizione nazionale nel solo caso di matrimoni religiosi: che senso avrebbe questa eccezione, se la regola non fosse diversa, e cioè che la legge nazionale non può escludere la giurisdizione del domicilio? Era dunque un concetto sostanzialmente diverso che si affacciava con la proposta ungherese; e fu quello che prevalse nella terza Conferenza e passò poi nella convenzione attualmente in vigore (4).

---

(1) *Actes*, cit., pag. 78.

(2) *Actes*, cit. *Protocole final. Dispositions concernant le mariage* - c) *Divorce et séparation de corps*. Art. 5: « La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée: 1) devant le tribunal compétent du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur. — Toutefois est réservée l'application de la loi nationale qui, pour les mariages religieux, établirait une juridiction spéciale exclusivement compétente pour connaître des demandes en divorce ou en séparation de corps — 2) devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux ».

(3) *Documents relatifs à la 3me Conférence* etc., pag. 115.

(4) È vero bensì che la clausola adottata dalla Conferenza del 1894 a favore delle giurisdizioni nazionali speciali per i matrimoni religiosi poteva intendersi tanto come autorizzazione allo Stato dei coniugi di non riconoscere, in tal caso, il divorzio o la separazione pronunziati dai tribunali del domi-

Il progetto del 1894, osserva ancora il **Renault** nella relazione alla Conferenza del 1900, ricordava prima la giurisdizione del domicilio, poi la giurisdizione nazionale, mentre il progetto attuale indica le due giurisdizioni in ordine inverso: questo cambiamento di forma corrisponde ad un cambiamento di sistema, che la maggioranza della commissione, pur non dissimulandosi la gravità dell' innovazione, ha ritenuto necessario, per render possibile l'accordo e l'adesione di alcuni Stati. La Conferenza del 1894 era partita dalla idea che la giurisdizione del domicilio fosse, in qualche modo, la giurisdizione di diritto comune in materia di divorzio e di separazione Ora, invece, si ammette che la legislazione nazionale dei coniugi possa escludere la giurisdizione del domicilio. Questo nuovo punto di vista spiega il cambiamento avvenuto nell'ordine in cui sono ricordate le due giurisdizioni: la giurisdizione nazionale è ricordata per la prima, perchè è sempre competente, abbia o no carattere esclusivo; la giurisdizione del domicilio non è più competente, se non sotto le riserve stabilite dalla legge nazionale (1).

Con ciò diveniva inutile la disposizione relativa ai matrimoni religiosi, che rientrava ormai nella riserva ben più ampia fatta in ogni caso a favore della giurisdizione nazionale. Parve invece necessario aggiungerne una particolare ai matrimoni celebrati in uno Stato firmatario, dinanzi alle autorità locali, contrariamente alla legge nazionale dei coniugi, che esige una celebrazione religiosa. Secondo l'art. 5 al. 2 della convenzione relativa al matrimonio, lo Stato a cui appartengono i coniugi può non riconoscere questi matrimoni: se, quindi, si applicasse la disposizione della legge nazionale, che esclude la giurisdizione straniera, i coniugi non potrebbero domandare lo scioglimento o la separazione, nè nel paese a cui appartengono, dove il matrimonio è considerato come inesistente, nè in qualsivoglia altro Stato, a causa della riserva fatta a profitto della giurisdizione nazionale. Per evitare questo risultato assurdo, fu introdotta l'ultima clausola dell'art. 5 (2).

19. Questo articolo, pertanto, stabilisce tre distinti principî, che si possono, parmi, formulare così: 1°). La giurisdizione dello Stato a cui appartengono i coniugi è sempre

---

cilio, quanto come assoluta esclusione della possibilità della pronuncia da parte dei detti tribunali; e dalla relazione del **Renault** alla Conferenza del 1900 risulta che su questo punto non vi era stata un' intesa precisa ed esplicita. Ma è pur vero che la possibilità di adottare l'una o l'altra interpretazione non tocca il concetto sostanziale della disposizione: la clausola resta sempre un'eccezione alla regola, che attribuiva efficacia internazionale alla giurisdizione del domicilio, indipendentemente dalle disposizioni della legge nazionale dei coniugi; e non capisco come la relazione mostri di dar tanta importanza a questo particolare. Meno che mai si può intendere come la commissione del 1900 abbia creduto di dovere accogliere il nuovo principio per assicurare che i divorzi regolarmente pronunziati saranno riconosciuti dovunque; o per dir meglio, si può intendere soltanto se si ammette che lo Stato a cui appartengono i coniugi non è obbligato a riconoscere la giurisdizione del domicilio; ossia, un principio affatto diverso da quello su cui riposava la disposizione approvata nel 1894. E forse da tutto questo, oltre che dal modo onde fu presentata e giustificata la proposta del governo ungherese, si può desumere, senza andar troppo errati, che il significato di quella disposizione non era stato chiaramente inteso da alcuni almeno di coloro che l'approvarono.

(1) *Actes de la 3me Conférence* etc., pag. 210 e seg.

(2) Relazione del Renault negli *Actes* cit., pag. 211.

competente nelle cause di divorzio e di separazione personale — 2°). La giurisdizione dello Stato dove i coniugi hanno il loro domicilio, o, eventualmente, quella dello Stato dove è il domicilio del convenuto o dov' è stato l' ultimo domicilio comune, è competente nei casi e nei limiti in cui la legge nazionale non riserba esclusivamente ai tribunali dello Stato la conoscenza di queste domande — 3°). La giurisdizione del domicilio è sempre competente, se trattasi di matrimoni che lo Stato a cui i coniugi appartengono non riconosce, conformemente al disposto dell' art. 5 al. 2 della convenzione per regolare i conflitti di leggi in materia di matrimonio.

Il primo principio afferma, nei rapporti internazionali, l' obbligo di tutti gli Stati firmatari di riconoscere, in ogni caso, la competenza della giurisdizione nazionale. Ogni Stato può comandare ai propri sudditi di portare le loro controversie, ed in specie quelle di cui si tratta, dinanzi ai suoi tribunali, vietando loro di rivolgersi ai tribunali stranieri; ma questa pretesa spiega i suoi effetti unicamente nei rapporti interni, senza che ne derivi alcun diritto verso gli altri Stati, né alcun dovere di questi. La convenzione, invece, ha dato vita ad un rapporto di diritto e di dovere fra gli Stati; e precisamente: ad una pretesa giuridica dello Stato a cui appartengono i coniugi verso gli altri Stati firmatari, perchè riconoscano la competenza de' suoi tribunali, nelle questioni di divorzio e di separazione, in base al rapporto di sudditanza e prescindendo da ogni altro particolare criterio personale o territoriale; e, corrispondentemente, al dovere dei detti Stati di riconoscere tale competenza per ogni effetto contemplato dalla convenzione, ed in specie per quello di cui all' art. 7. Lo Stato al quale appartengono i coniugi ha la facoltà, non il dovere, di esercitare la funzione giurisdizionale sui propri sudditi: per questo riguardo, la convenzione non importa alcun obbligo di modificare il diritto vigente, nè limita la libertà di modificarlo in seguito. Invece, una modificazione del diritto vigente può essere richiesta dall' obbligo di riconoscere la competenza della giurisdizione nazionale dei coniugi, in quei paesi dove la legislazione, o non riconosce affatto la giurisdizione straniera nelle questioni di cui si parla, o ne fa dipendere il riconoscimento da criteri, in tutto o in parte, diversi da quello puro e semplice della cittadinanza delle parti (domicilio, residenza, luogo di celebrazione del matrimonio, luogo dove avvenne il fatto su cui si fonda la domanda di divorzio o di separazione, ecc.). Da tutto ciò deriva che negli Stati, come il nostro, dove le norme interne richieste dalla convenzione sono state emanate semplicemente mediante l' ordine di esecuzione, si deve ritenere: *a*). Che sono rimasti immutati i principî relativi all' esercizio della funzione giurisdizionale sui cittadini nelle materie di cui si tratta — *b*). Che hanno avuto vita le norme, le quali, date le condizioni particolari della legislazione di ogni singolo Stato, risultano necessarie ad assicurare che sarà riconosciuta come giurisdizione competente a pronunziare il divorzio e la separazione personale quella dello Stato a cui appartengono i coniugi. Questo riconoscimento, come dirò fra poco, è implicito nei concetti fondamentali su cui riposa la nostra legge processuale in ordine ai limiti della giurisdizione italiana di fronte alle giurisdizioni straniere; sicchè possiamo dire che il primo dei tre principî stabiliti dall' art. 5 della convenzione non ha portato verun cambiamento nel diritto vigente in Italia.

20. Più complessi sono i rapporti giuridici internazionali che metton capo al secondo principio, e le conseguenze che ne derivano per il diritto interno dei singoli Stati e dell' Italia in particolare. Ne conseguono, infatti, tre distinte relazioni giuridiche fra gli Stati firmatari, e cioè: *a*). Il dovere di non esercitare la funzione giurisdizionale in confronto di stranieri appartenenti ad uno Stato che riserba esclusivamente ai propri tribunali la conoscenza di quest' ordine di questioni; e corrispondentemente la pretesa che sia riconosciuto il carattere esclusivo della giurisdizione nazionale — *b*). Il dovere di accordare agli stranieri, che hanno o hanno avuto nello Stato il loro domicilio (nei casi determinati dallo stesso art. 5 n.° 2 della convenzione) e che appartengono ad uno Stato il quale non esclude la competenza dei tribunali stranieri nelle cause di divorzio e di separazione, il diritto di portare la loro domanda dinanzi alla giurisdizione locale; e corrispondentemente la pretesa dello Stato a cui appartengono che sia loro concesso il diritto di cui si parla — *c*). Il dovere di riconoscere, in questi casi e soltanto in questi casi, la competenza della giurisdizione del domicilio; e la corrispondente pretesa dello Stato che la esercita, a che sia riconosciuta dagli altri Stati come giurisdizione competente. Non mi par dubbio che sia questo il significato della disposizione; e cioè che voglia stabilire, non soltanto l' obbligo di riconoscere e la facoltà di non riconoscere le pronunzie di determinati tribunali, ma addirittura il dovere di esercitare o non esercitare la funzione giurisdizionale. Prima di tutto non si dimentichi che l' art. 5 ha una ragion d' essere sua propria, indicata dal titolo stesso della convenzione, e cioè quella di regolare i conflitti di giurisdizione in materia di divorzio e di separazione personale; ossia di determinare, con effetto internazionalmente obbligatorio, quali sono le giurisdizioni competenti a pronunciare. L' art. 7 ne è una conseguenza; ma non si potrebbe dire che l' art. 5 sia scritto in vista dell' art. 7 ed abbia in questo solo il suo scopo e la sua sanzione. Inoltre, l' interpretazione contraria non sarebbe compatibile con un concetto fondamentale, che presiede a tutta la convenzione e che ha avuto, in particolare, un' influenza diretta sulle modificazioni successive dell' art. 5; quello, cioè, di escludere che vi sieno dei divorzi regolarmente pronunziati, che non sieno come tali riconosciuti dovunque: la facoltà di pronunziare dei divorzi, che gli altri Stati non sarebbero tenuti a riconoscere, costituirebbe la più grave e flagrante violazione di quel concetto fondamentale. D' altronde, se le norme di competenza dell' art. 5 avesser dovuto avere soltanto l' effetto di obbligare gli Stati a riconoscere le sentenze e di autorizzarli a non riconoscerle, non anche quello di obbligarli a pronunziarle o no, si sarebbe senza dubbio detto espressamente, seguendo l' esempio dell' art. 5 al. 2 della convenzione relativa al matrimonio, dove è evidente che la facoltà dello Stato a cui appartengono i coniugi di non riconoscere i matrimoni celebrati all' estero nelle forme locali, ma senza la cerimonia religiosa prescritta dalla legge nazionale, non soltanto non esclude, ma presuppone la facoltà degli altri Stati di procedere alla celebrazione. E la differenza fra i due casi è nettamente affermata e spiegata dal Renault nella sua relazione, a proposito appunto dell' art. 5. Infine, dal modo ond' è formulato quest' articolo, e dalle autorevoli dilucidazioni che l' accompagnano nelle due relazioni alle Conferenze del 1894 e del 1900, risulta in modo non dubbio che si volle proprio che i coniugi avessero il diritto di rivolgersi alla

giurisdizione del domicilio; prima come regola generale, poi nei casi e soltanto nei casi in cui la loro legge nazionale non vi si oppone. E poichè la convenzione, come tale, non può accordare diritti subiettivi agl' individui, ma soltanto imporre agli Stati il dovere di accordarli, così il significato della disposizione non può essere che quello ora accennato; cioè, gli Stati firmatari sono obbligati ad accordare agli stranieri il diritto di agire, nei casi e nei limiti ammessi dalla loro legge nazionale. Ossia; se la legge nazionale vieta ai coniugi di rivolgersi ai tribunali stranieri, gli Stati firmatari non possono accordar loro il diritto d'agire; se la legge nazionale lo permette, e nei limiti in cui lo permette, i coniugi devono avere il diritto di rivolgersi alla giurisdizione del domicilio. L'obbligo stabilito dalla convenzione colpisce dunque il fatto stesso di esercitare o non esercitare la funzione giurisdizionale: si ha un'attività giurisdizionale *internazionalmente vietata*, quando la legge nazionale dei coniugi riserba esclusivamente ai tribunali dello Stato la conoscenza delle cause di divorzio e di separazione; un'attività giurisdizionale *internazionalmente imposta*, quando la legge nazionale non esclude che i coniugi si rivolgano ai tribunali stranieri (1).

Tali, adunque, il significato e gli effetti di questo principio nei rapporti internazionali. Le norme interne, che si devono ritenere emanate con l'ordine di esecuzione, sono pertanto quelle necessarie, da un lato, ad assicurare il riconoscimento della giurisdizione straniera competente, dall'altro, ad escludere l'esercizio della funzione giurisdizionale nei casi in cui è vietato dalla convenzione ed a permetterlo nei casi in cui è imposto. Le une e le altre naturalmente diverse da Stato a Stato, a seconda delle condizioni particolari della legislazione propria di ciascuno. Nel diritto italiano mancano disposizioni espresse che determinino i limiti della giurisdizione italiana di fronte alle giurisdizioni straniere, ed i casi in cui l'attività di un giudice straniero dev' esser considerata come attività del giudice competente. E siccome la mancanza di disposizioni precise, in tema tanto arduo e delicato, ha reso possibili, com' è facile intendere, delle divergenze, anche sostanziali, di opinioni, così variano non poco le conseguenze a cui si arriva nell' interpretazione del nostro diritto, e con esse le regole che dobbiamo ritenere necessarie, e quindi volute dal legislatore, per assicurare l'adempimento degli obblighi nascenti dalla convenzione. Riassumo brevemente quello che dovrebbe essere lo svolgimento di un lungo discorso.

21. Il concetto che informa le disposizioni degli art. 105 e 106 cod. proc. civ. è indubbiamente quello di una netta distinzione fra cittadini e stranieri, per ciò che riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale. In forza di questi articoli, lo straniero è soggetto

(1) Sui vari casi di giurisdizione *imposta* o *vietata* da un trattato internazionale, vedi gli svolgimenti del Donati, *op. cit.*, pag. 451 e segg. Non si può considerare come un'attività giurisdizionale internazionalmente *permessa* quella che lo Stato si riserba, in modo esclusivo, sui propri sudditi, perchè non rappresenta l'esercizio di un diritto subiettivo accordato dalla convenzione. Lo Stato esercita un'attività che potrebbe esercitare anche se la convenzione non esistesse, un'attività internazionalmente *irrilevante:* la convenzione si limita a creare il dovere degli altri Stati di non esercitare essi quella data attività e di riconoscere quella esercitata dallo Stato nazionale.

alla giurisdizione italiana soltanto in casi e condizioni determinate, che, a prescindere dal principio speciale della reciprocità (art. 105 n.° 3), si fondano, ora sopra un rapporto intercedente fra la persona dello straniero e la sovranità italiana (art. 106), ora sulla natura della controversia (art. 105 nn. 1 e 2). Invece, nessuna disposizione limita i casi in cui può esser convenuto un cittadino; questi, cioè, è sempre soggetto alla giurisdizione italiana, in forza della sua qualità di cittadino, ossia del rapporto di sudditanza: l'esercizio della funzione giurisdizionale, in suo confronto, non ha bisogno di altra legittimazione, mentre per lo straniero occorre una legittimazione particolare, che è data soltanto dai titoli a tal fine stabiliti dalla legge. Da questo principio, che, pur non essendo espressamente formulato nella legge, risulta chiarissimo dal concetto che informa gli art. 105-106 cod. proc. civ., deriva che la giurisdizione italiana è *sempre* competente a conoscere delle domande di separazione personale avanzate da cittadini italiani: il nostro diritto corrisponde così pienamente al concetto fondamentale della convenzione. Resta però da vedere se gl'italiani sono soggetti soltanto alla giurisdizione italiana; se, cioè, questa abbia, nel caso nostro, carattere esclusivo o lasci agl'interessati la libertà di adire anche una giurisdizione straniera. La cosa, come si è visto, è irrilevante di fronte alla convenzione, che lascia liberi gli Stati di assumere l'attitudine che vogliono; ma presenta invece un'importanza decisiva per l'applicazione delle norme che c'interessano.

La risposta va cercata in un altro ordine di considerazioni. Come si è detto, mancano nel nostro diritto norme che determinino espressamente i limiti fra la giurisdizione italiana e la straniera; abbiamo visto, però, che il legislatore, esplicitamente o implicitamente, ha stabilito i criteri che legittimano l'esercizio della funzione giurisdizionale italiana di fronte alle giurisdizioni straniere. È logico ritenere che questi criteri, in quanto non vi si oppongano altre norme o la loro stessa natura, valgano altresì a giustificare, in confronto all'Italia, l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di uno Stato straniero: ossia, *un atto giurisdizionale straniero vale di fronte a noi come compiuto da una giurisdizione competen'e, se esisteva, a vantaggio della giurisdizione straniera, il titolo che, nello stesso caso, avrebbe legittimato l'esercizio della funzione giurisdizionale italiana.* Senza dubbio, il legislatore può determinare con criteri diversi i limiti della propria giurisdizione di fronte a quelle straniere, e di queste in confronto alla propria; in particolare può, e non ne mancano esempi, estendere la giurisdizione de' suoi tribunali al di là dei limiti in cui è disposto a riconoscere la competenza dei tribunali stranieri. Ma, in mancanza di speciali disposizioni, o quando la natura stessa dei criteri adottati non imponga una conclusione diversa (come nel caso del principio di reciprocità accolto dall'art. 105 n.° 3 cod. proc. civ.), la regola generale esposta testè è certamente giustificata, sia dal significato che il legislatore attribuisce a quei criteri, sia dallo spirito che informa la nostra legislazione in materia di diritto internazionale privato.

Da questo principio deriva anzitutto che la giurisdizioue nazionale vale sempre, di fronte a noi, come giurisdizione competente: abbiamo visto, infatti, che la nostra legge muove dal concetto che la funzione giurisdizionale è, in ogni caso, legittimata dal solo rapporto di sudditanza. Ne deriva poi che per determinare se i cittadini italiani sono, in

certi casi, *esclusivamente* soggetti alla giurisdizione nazionale, possiamo domandarci se uno straniero, secondo gli art. 105-106 cod. proc. civ., è sottoposto, nei medesimi casi, alla giurisdizione italiana: è chiaro che se la nostra legge considera in certi casi come esclusivamente competente la giurisdizione nazionale dello straniero, e in riguardo ad essa vieta l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei nostri tribunali, si potrà desumerne con tutta sicurezza che ha voluto riserbare lo stesso carattere esclusivo alla giurisdizione italiana sui cittadini italiani: la giurisdizione straniera mancherebbe in tal caso, di fronte a noi, di ogni legittimazione. Ora, gli art. 105-106 riguardano soltanto *azioni di carattere patrimoniale*; su ciò, chi li esamini obiettivamente non può aver dubbio di sorta. Prescindendo dal ricercare se e quali eccezioni risultino ammissibili, vuoi per la ragione stessa del principio, vuoi per le disposizioni positive della nostra legge, è dunque lecito desumerne come regola, che il legislatore italiano, nelle controversie di stato personale, ha voluto lasciare lo straniero soggetto alla giurisdizione dello Stato a cui appartiene; e, corrispondentemente, è da ritenere che lo stesso limite incontri la giurisdizione straniera nei riguardi dei cittadini italiani (1).

---

(1) L'opinione, da me sostenuta, che i tribunali stranieri sieno, rispetto a noi, incompetenti a giudicare controversie di stato personale riguardanti cittadini italiani, riposa adunque su questo concetto fondamentale: che l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di uno Stato straniero è legittimo, se si fonda sopra un titolo, che, nello stesso caso, giustificherebbe l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei tribunali italiani. Ma l'applicazione di questo concetto al caso nostro presuppone che il titolo che giustifica, nel sistema della nostra legge, l'esercizio della giurisdizione nelle questioni di stato personale sia appunto e soltanto la cittadinanza; e cioè che i tribunali italiani sieno incompetenti rispetto agli stranieri: su questo credo utile aggiungere alcuni schiarimenti, che non potevano trovar luogo nel testo senza una vera e propria digressione.

Qui, come sempre, la prima condizione per ben risolvere la questione è di ben porla. Trattandosi di determinare se le autorità italiane hanno giurisdizione sugli stranieri, la questione va posta in rapporto agli art. 105-106 c. p. c., che sono appunto le disposizioni in materia: muovere, come fanno spesso i sostenitori della competenza, da un principio generalissimo come quello dell'art. 3 c. c., a cui si può far dire tutto forse perchè non dice nulla, o dall'art. 6 del titolo preliminare al cod. civ., che ha un oggetto tutto diverso, quando si hanno regole speciali sull'argomento, è un errore anche troppo evidente, che si spiega soltanto con l'incertezza e l'imprecisione d'idee, che ha dominato e domina fra noi, su tutto ciò che concerne i limiti della giurisdizione italiana di fronte alle giurisdizioni straniere. Il punto di partenza e la base della discussione devon essere dunque gli art. 105-106 c. p. c.: ora, che questi articoli contemplino soltanto le azioni di carattere patrimoniale, è una cosa che non si può seriamente negare, e che infatti è generalmente riconosciuta, anche da chi arriva poi, per altre vie, a conclusioni diverse dalle nostre. Di qui l'impossibilità di fondare la tesi della competenza sul carattere generale di quelle disposizioni, che non permetterebbe di distinguere fra azioni patrimoniali e di stato, come fa il Mattirolo (*Trattato*, vol. I, nn 972 e segg.), seguito dal Venzi (*Foro it.* 1904, I, 1449 segg.); paghi però, l'uno e l'altro, di una semplice affermazione, non confortata da nessun argomento. La relazione Pisanelli, che essi citano, non contiene in realtà una sola parola, che accenni ad un contenuto più esteso di quello che risulta dal senso letterale chiarissimo dei due articoli: potrebbe essere invece opportuno ricordare che il Pisanelli aveva sostenuto nettamente la tesi contraria nel *Commento al cod. di proc. civ. Sardo*, vol I, parte 1.ª, n. 496, pag. 538 e seg.

Posto che gli art. 105-106 non riguardano le questioni di stato, si può domandare se non ci troviamo di fronte ad una lacuna della legge, da colmare, sia mediante l'applicazione analogica di questi stessi articoli o di altre norme, sia mediante il ricorso ai principî generali del diritto. L'una e l'altra

Se partiamo da questa interpretazione del nostro diritto positivo, secondo la quale la giurisdizione nazionale dei coniugi è *sempre* e *sola* competente nelle cause di divorzio e di separazione personale, gli effetti prodotti dalla legge 7 settembre 1905 rispetto alle norme già vigenti in Italia si possono riassumere brevemente così:

a) Rimane immutato il principio che la giurisdizione nazionale è sempre competente

---

cosa hanno trovato infatti dei sostenitori: ora si è invocata l'applicazione analogica degli stessi articoli 105-106, senza guardare che essi ammettono la giurisdizione in casi che non si possono ragionevolmente estendere alle controversie di stato (per es. n.° 2 dell'art. 106); ora si è richiamato l'art. 90 del codice, che riguarda la competenza territoriale interna e quindi *presuppone* la competenza giurisdizionale, dando così per dimostrato ciò che si doveva dimostrare; ora, infine, si è detto doversi ricorrere ai principî generali del nostro diritto internazionale privato, e questi, com'era facile prevedere, han servito a giustificare conclusioni sostanzialmente diverse fra loro. A parte le obiezioni che si posson muovere a ciascuna di queste teorie, ve n'è una comune a tutte, che le colpisce alla base; e cioè che non si può parlare, nel caso, di una lacuna della legge. Si guardi bene: gli art. 105-106 stabiliscono *quando* lo straniero é soggetto alla giurisdizione italiana; dunque, nei casi o nelle materie non contemplate lo straniero non vi è soggetto: l'affermazione da un lato, implica l'esclusione dall'altro; nello stesso tempo che afferma e perchè afferma la soggezione in determinati casi, la legge l'esclude *in tutti gli altri;* la disposizione è necessariamente completa. Una lacuna si può quì concepire soltanto come un difetto della legge, nel senso, cioè, che essa non abbia assoggettato lo straniero ai tribunali italiani in alcuni casi, nei quali questa soggezione sarebbe ragionevole e giustificata; ma questa è tutt'altra cosa, è un rimprovero al legislatore, che il legislatore solo può valutare: una lacuna di legge in senso tecnico, un caso non contemplato, cui sieno applicabili i criteri dell'art. 3 delle preliminari, non esiste nè può esistere.

La sola conclusione giustificata dagli art. 105-106 è dunque che lo straniero, nelle questioni di stato personale, non è soggetto alla giurisdizione italiana. Ed il significato di questo principio evidentemente non può essere che uno; vale a dire, che in tali questioni si è voluto lasciare lo straniero soggetto alla giurisdizione dello Stato a cui appartiene. La riserva, infatti, non avrebbe senso riferita a qualunque altro Stato, ma ne assume uno ben preciso, qualunque ne sia il valore razionale, quando si converte nel principio che in quest'ordine di controversie l'esercizio della funzione giurisdizionale si collega col rapporto di cittadinanza. Non mi fermo sulle ragioni che giustificano il principio, perchè mio solo proposito era di mostrarne il fondamento nel diritto positivo italiano; vedasi, in proposito, una mia nota alla sentenza della Cassazione di Firenze 25 novembre 1895, nella *Giur. it.*, 1908, I, 1, 618.

Se tale è il fondamento del principio nel nostro diritto positivo, ne deriva logicamente che esso non ammette eccezioni, fuor di quelle che possano risultare dagli stessi art. 105-106 del cod. di proc. civ. Di possibili eccezioni io non ne vedo che una: quando la legge sottopone lo straniero alla giurisdizione italiana, questa dev'essere competente a risolvere le questioni di stato, se ed in quanto ciò sia necessario all'esercizio della funzione giurisdizionale. Ossia, i tribunali italiani sono competenti, ed in ciò non vi ha dissenso, a risolvere le questioni di stato, che sorgono in via pregiudiziale o incidentale in un processo che, in forza degli art. 105-106, rientra nella loro giurisdizione. Non costituisce invece eccezione la competenza ad emanare provvedimenti interinali, perchè, ciò facendo, non si risolve affatto, ma si riserba la questione di stato: che poi i provvedimenti sieno regolati dalla legge nazionale dello straniero o da quella del giudice, come stabilisce anche l'art. 6 della convenzione, è cosa che non interessa il nostro argomento.

Tutti gli altri casi in cui si è voluto ammettere, *eccezionalmente*, la competenza dei tribunali italiani a decidere questioni di stato fra stranieri sono, a parer mio, infondati, e le accuse di poca consequenzialità, mosse dai sostenitori della tesi contraria, sono spesso anche troppo giustificate. Così, per es., ammesso che gli art. 105-106 riguardano soltanto le azioni patrimoniali, non si può, senza contradizione, riferire il principio di reciprocità dell'art 105 n.° 3 anche alle questioni di stato

a pronunziare il divorzio o la separazione; ma questa regola, che era finora *internazionalmente irrilevante*, è divenuta dopo la convenzione *internazionalmente obbligatoria*: ciò, beninteso, nei limiti in cui la convenzione stessa è obbligatoria per l'Italia.

b) Rimane pure immutato il principio che i cittadini italiani sono, in queste materie, esclusivamente soggetti alla giurisdizione italiana (1). La convenzione ammette e rispetta

---

(Mortara, *Commentario*, vol. II, n.° 257): è vero che la formula è generica ed illimitata, ma evidentemente *nella materia della disposizione*, ossia nelle azioni patrimoniali; estende *i casi* in cui uno straniero può esser convenuto dinanzi ai tribunali italiani oltre quelli stabiliti dai precedenti numeri 1 e 2, ma nulla di più. Gli altri casi nei quali si è voluto sostenere la competenza dei nostri tribunali, e particolarmente quelli che le parti abbiano il domicilio in Italia (Mortara, *op.* e *loc. cit.*, Fedozzi, *Temi veneta*, 1896, 37), o che qui sia avvenuto il fatto giuridico che serve di fondamento all'istanza (Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1874, 313 segg., 321 segg., Bolaffio, *Temi veneta*, 1884, 465, Fedozzi, *loc. cit.*), mancano di ogni base nel nostro diritto positivo, e vengono infatti giustificati con considerazioni esclusivamente teoriche. Insomma: o si ammette che gli art. 105-106, uniche disposizioni in materia, sono applicabili anche alle controversie di stato, e bisogna arrivare alla conseguenza, assurda ma logica, di riconoscere la competenza in tutte le ipotesi in essi contemplate: o si ritiene che gli art. 105-106 non riguardino altre controversie che quelle patrimoniali, e bisogna concluderne che nelle questioni di stato lo straniero non è mai soggetto alla giurisdizione italiana, tranne che la risoluzione della questione di stato sia un mezzo necessario all'esercizio della funzione giurisdizionale, nei casi e nelle materie contemplate dai detti articoli.

Nella giurisprudenza italiana prevale indubbiamente l'opinione contraria a quella da me sostenuta, giustificata però quasi sempre con argomentazioni vaghe, inconcludenti, superficiali. Le decisioni a me note sono le seguenti: Appello Milano 1° luglio 1872, *Mon. trib.*, 1872, 697; Appello Venezia 9 luglio 1872, *Annali della giur. it.*, 1873, III, 149; Appello Lucca 11 decembre 1872, *Ivi*, 1873, III, 93, 1.° settembre 1875, *Ivi*, 1876, III, 33, e 28 giugno 1877, *Fòro it.*, 1877, I, 1190; Appello Casale 18 gennaio 1884, *Fòro it.* 1884, I, 1103; Appello Ancona 12 marzo 1884, *Ivi*, 1884, I, 574; Appello Milano 2 aprile 1890, *Mon. trib.* 1890, 547; Cassazione Torino 5 febbraio 1895, *Ivi*, 1895, 308; Cassazione Firenze 25 novembre 1895, *Giur. it.* 1896, I, 1, 618; Trib. civ. di Roma 22 giugno 1898, *Ivi*, 1898, I, 2, 647; Trib. civ. di Milano 30 giugno 1898, *Ivi*, 1898, I, 2, 765; Trib. civ. di Napoli 30 giugno 1898, *Ivi*, 1899, I, 2, 241; Appello Milano 15 giugno 1899, *Fòro it.*, 1899, I, 785 e 15 luglio 1901, *Mon. trib.*, 1901, 688; Cassazione Torino 30 maggio 1902, *Fòro it.*, 1902, I, 1085; Appello Venezia 10 settembre 1902, *Temi*, 1902, 740; Appello Torino 31 luglio 1903, *Giur. di Tor.*, 1903, 1052; Cassazione Torino 27 luglio 1904, *Fòro*, 1904, I, 1449; 22 giugno 1906, *Giur. it.*, 1906, I, 1, 1019; Appello Napoli 27 maggio 1907, *Ivi*, 1908, I, 2, 1. In senso contrario, e cioè per l'incompetenza dei tribunali italiani, si pronunziarono, con motivazione non sempre corretta, le seguenti sentenze: Cassazione Torino 13 giugno 1874, *Giur. it.*, 1874, I, 1, 643; Appello Milano 15 febbraio 1876, *Mon. trib.*, 1876, 318; Cassazione Firenze 19 aprile 1881, *Temi veneta*, 1881, 271, e 31 gennaio 1884, *Fòro it.*, 1884, I, 549; Cassazione Roma 4 aprile 1891, *Ivi*, 1891, I, 1242; Trib. civ. di Napoli, 27 dicembre 1893, *Fòro it.*, 1894, *Rep.*, v *Comp.*, *civ.*, n. 213; Appello Roma 9 giugno 1899, *Legge* 1899, II, 45.

Da una circolare del Consiglio federale svizzero ai governi cantonali, in data 1° luglio 1907, di cui ho avuto conoscenza per mezzo del nostro Ministero degli affari esteri, risulta che il governo italiano, interpellato su vari punti concernenti l'applicazione delle convenzioni dell'Aia del 1902, pur dichiarando che le soluzioni indicate non sono che semplici opinioni, giacchè la materia è di spettanza dell'autorità giudiziaria, ritiene, fra le altre cose, che i tribunali italiani siano competenti a conoscere delle azioni di separazione personale fra stranieri e che il diritto italiano non escluda la competenza dei tribunali stranieri nelle cause di separazione personale fra coniugi italiani.

(1) Il carattere *esclusivo* della competenza giurisdizionale italiana nelle cause di separazione personale fra coniugi italiani importa che la declinatoria del foro (art. 187 cod. proc. civ.), per mancanza di uno dei criteri di competenza territoriale di cui all'art. 90 cod. proc. civ., non possa esser fatta

questa pretesa, ma lascia in pari tempo liberi gli Stati di assumere un' attitudine diversa; quel principio resta dunque, qual' era, *internazionalmente irrilevante.*

c) Invece si deve ritenere che, in vista dell' obbligo imposto dall' art. 5 n.° 2 della convenzione, la legge 7 settembre 1905 abbia attribuito ai tribunali italiani la competenza a conoscere delle domande di divorzio o di separazione avanzate da stranieri che hanno o hanno avuto il domicilio nel regno, se però e soltanto se la loro legge nazionale non esclude che si rivolgano ad una giurisdizione straniera. Questo è il principio di diritto interno italiano *voluto dalla convenzione,* e che quindi deve ritenersi emanato con l' ordine di esecuzione di essa. In ogni altro caso rimane immutata la regola che i tribunali italiani non hanno giurisdizione nelle controversie di questo genere fra stranieri; divenuta però, da *internazionalmente irrilevante,* qual' era, *internazionalmente obbligatoria.*

d) Nello stesso modo si deve ritenere che la legge 7 settembre 1905, modificando anche su questo punto il diritto vigente, abbia imposto di considerare come giurisdizione straniera competente quella dello Stato dove i coniugi hanno o hanno avuto il loro domicilio, nei casi in cui la legge nazionale non esclude la competenza dei tribunali stranieri. Fuori di questi casi, nei quali vige, come *imposto dalla convenzione,* il principio ora detto, rimane, col carattere di *internazionalmente obbligatoria,* la regola che la giurisdizione nazionale è la sola competente.

Naturalmente, le conclusioni sarebbero assai diverse per chi partisse dal concetto che la nostra legge non collega la competenza giurisdizionale, nelle questioni di cui si parla, col rapporto di cittadinanza Ma, a parte quella, gravissima ed importantissima, di dover riconoscere la competenza dei tribunali stranieri in confronto d' italiani che hanno o hanno avuto il domicilio all' estero, non è poi facile determinare quali modificazioni avrebbe prodotto in tal caso la legge 7 settembre 1905, perchè i sostenitori di quest' opinione sono tutt' altro che chiari e concordi nello stabilire quali sono i criteri attributivi di giurisdizione, che si aggiungono a quello della cittadinanza o lo sostituiscono. In generale par-

---

valere se non in quanto ne deriva la competenza di un altro tribunale italiano. La mancanza di domicilio, residenza o dimora nel regno rende efficace la scelta esercitata dall' attore di una qualunque fra le varie autorità giudiziarie competenti per materia: il caso equivale infatti a quello di un convenuto che non ha domicilio, residenza o dimora conosciuta. (Confr. su ciò Mortara, *op. cit.*, vol II, n. 155; Chiovenda, *Principi*, pag. 445). È così assicurata in ogni caso ai cittadini italiani la possibilità di chiedere l' attuazione della legge, come giustamente ne esprimeva il desiderio la Commissione che riferì su quest' argomento alla terza Conferenza: *Actes*, cit., pag. 211. La cosa può essere diversa in quelle legislazioni, dove i limiti della competenza giurisdizionale sono indirettamente stabiliti dalle norme di competenza territoriale interna, come nel diritto germanico: confr. Laband, *op. cit.*, vol. III, pag. 367 e seg.; Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 99 e segg; Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 32; Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 284. In tal caso, infatti, la mancanza di un tribunale competente per territorio implicherebbe difetto di competenza giurisdizionale, e si verificherebbe così l' inconveniente rilevato dalla Commissione. Rispetto al diritto germanico l' inconveniente è quasi puramente teorico, perchè i criteri di competenza territoriale interna a favore dei sudditi tedeschi, nella materia di cui si tratta, sono tanti e così larghi (§ 606), da rendere quasi impossibile la loro assoluta mancanza: confr. Mariolle, *Die Bestimmungen der deutschen Civilprocessordnung über die zuständigkeit der deutschen Gerichte in Ehesachen*, nella *zeitsch. f. intern. Privat. u. Strafrecht*, vol. VIII, pag. 456 e segg.

lando, si può dire che in tal caso la legge 7 settembre 1905, da un lato avrebbe introdotto o esteso, eventualmente con carattere di esclusività, il criterio della cittadinanza, dall' altro avrebbe eliminato ogni titolo di giurisdizione diverso dalla cittadinanza e dal domicilio, limitando anche quest' ultimo ai casi in cui la legge nazionale dei coniugi non vi si oppone. Ma una determinazione concreta ed esatta dei principî introdotti dalla legge 7 settembre 1905 e del loro rapporto con quelli già in vigore non si può fare, se non partendo da una formulazione chiara e precisa di questi; cosa pressochè impossibile, perchè, come ho detto, manca un vero e proprio accordo perfino sui concetti fondamentali. Da chi ritiene che i titoli di giurisdizione degli art. 105-106 cod. proc. civ. valgano anche per le controversie di stato, o per analogia o perchè esse pure comprese in queste disposizioni, a chi lo esclude assolutamente, ma cerca poi, in questi stessi articoli o al di fuori, altri criteri. diversi da quello puro e semplice della cittadinanza, il passo è lungo e le varietà concrete molto numerose. Lascio quindi un' indagine che non potrebbe esser breve, nè sempre riferibile a dati sicuri.

22. Quanto all' ultimo dei tre principî stabiliti dall' art. 5 della convenzione, esso non fa che estendere e, respettivamente, limitare, in considerazione di un caso speciale, i doveri nascenti dal secondo. L' obbligo di accordare agli stranieri, che hanno o hanno avuto il domicilio nello Stato, il diritto di adire i tribunali locali per le cause di divorzio o di separazione si estende ad un caso in cui, normalmente, non esisterebbe; ed in corrispondenza si restringe il dovere di non esercitare la funzione giurisdizionale per riguardo alle disposizioni della legge nazionale dei coniugi. Lo stesso dicasi quanto al dovere dei terzi Stati di riconoscere la competenza della giurisdizione del domicilio, che si estende ad un caso in cui altrimenti non esisterebbe, mentre vien meno l' obbligo di rispettare il carattere esclusivo della giurisdizione nazionale. Ciò nei rapporti internazionali: ma anche l' effetto prodotto dalla legge 7 settembre 1905 si riassume, per questo riguardo, in una particolare estensione e limitazione dei principî esposti sopra, e non richiede quindi spiegazioni particolari.

23. Dal rapido esame che abbiamo fatto dell' art. 5 della convenzione, risulta con ogni evidenza che esso si occupa soltanto di determinare qual' è la giurisdizione statuale competente a pronunziare il divorzio o la separazione; nè, evidentemente, altro scopo poteva proporsi una convenzione internazionale. Ora, poichè l' art. 7 obbliga gli Stati firmatari a riconoscere il divorzio e la separazione personale *pronunziati da un tribunale competente ai termini dell' art. 5*, così non è dubbio che l' indagine sulla competenza del giudice straniero, consentita dalla convenzione, consiste soltanto in un esame della competenza *giurisdizionale*. Gli Stati firmatari, in altre parole, sono obbligati a riconoscere le sentenze di divorzio e di separazione personale pronunziate dai tribunali dello Stato, a cui, in quel dato caso, spettava di pronunziare. Essi, quindi, sono autorizzati ad accertare che la sentenza emana veramente dalla giurisdizione statuale competente; ma nulla di più: ogni indagine sulla competenza propriamente detta, o interna, del tribunale straniero è

implicitamente, ma necessariamente, esclusa dal rapporto che passa fra gli art. 7 e 5 della convenzione. Dall'art. 7 derivano perciò, in ordine al nostro argomento, i due principî seguenti: 1°). L'indagine sulla competenza del giudice straniero ha per solo obietto la potestà giurisdizionale dello Stato, a cui appartiene il tribunale che ha pronunziato la sentenza — 2°). I criteri per determinare l'esistenza o meno della potestà giurisdizionale sono quelli, e soltanto quelli, stabiliti dall'art. 5 della convenzione.

Sul primo punto non vi è, secondo me, differenza alcuna fra la convenzione ed il nostro codice di procedura civile, perchè io credo che l'indagine prescritta dal n.° 1 dell'art. 941 riguardi soltanto la competenza *giurisdizionale* del magistrato straniero (1). Chi però ritiene, seguendo l'opinione di gran lunga prevalente fra noi (2), che il n° 1 dell'art. 941 faccia obbligo al giudice italiano di accertare, tanto la competenza giurisdizionale, quanto la competenza interna del magistrato straniero, deve ammettere che la legge 7 settembre 1905 ha derogato al codice, perchè la condizione posta da questo al riconoscimento delle sentenze straniere sarebbe più rigorosa di quella stabilita dalla convenzione. Si arriva così al medesimo risultato, partendo da premesse molto diverse; ma è in ogni caso evidente l'errore commesso dalla Corte d'appello di Casale nella sentenza 26 febbraio 1907, ricordata sopra, quando, fondandosi sul n.° 1 dell'art. 941, ha creduto

(1) Confr. il mio scritto: *L'indagine sulla competenza del giudice straniero nel giudizio di delibazione*, in *Giur. it*, 1901, I, 1, 698, dove è anche esposto lo stato della dottrina e della giurisprudenza in Italia e all'estero. L'opinione ch'io vi sostenni, primo e solo nella nostra letteratura, ha ora il validissimo appoggio del Mortara, *Commentario*, vol. V, n.° 37, e del Chiovenda, *op. cit.*, pag. 257, 783.

(2) Confr. il mio scritto già citato. Fra gli autori più recenti ricordo il La Loggia, *op. cit.*, n° 216 segg., ed il Venzi, *Foro it*, 1904, I, 1449, che seguono sostanzialmente il Mattirolo: il primo, però, pone l'indagine sulla giurisdizione fra le *condizioni preliminari* del giudizio di delibazione (n. 129 segg.); il n. 1 dell'art. 941 si riferirebbe soltanto alla competenza interna. La giurisprudenza pratica è ancora in uno stato di grande incertezza. Una sentenza dell'Appello di Lucca 27 febbraio 1906, *La Cassazione di Firenze*, 1906, 213, ha ritenuto inammissibile l'indagine sulla competenza interna, massime trattandosi d'incompetenza relativa, *se la sentenza straniera è passata in giudicato!* La Corte di Genova, nella sentenza 23 giugno 1903, *Temi Genovese*, 1903, 522, ritenne di dover determinare la giurisdizione secondo i principî del diritto internazionale e la competenza interna secondo la legge processuale straniera; così pure la Corte di Casale nella sentenza 26 febbraio 1907, già da noi esaminata. Altre sentenze hanno applicato esclusivamente la legge estera: Appello Trani 13 dicembre 1901, *Foro it.*, 1902, *Rep.*, v. *Delib.* n. 12; Appello Genova, 14 aprile 1903 e 17 febbraio 1905, *Temi Genovese*, 1903, 521, 1905, 513; Cassazione Torino, 27 luglio 1904, *Foro it.*, 1904, I, 1449. Singolare e affatto infondata è l'opinione del Carbone, *Il giudizio di delibazione e l'indagine sulla competenza del giudice straniero*, Messina 1906, che fa dipendere l'indagine sulla competenza interna dalla possibilità di accordare l'*exequatur* alle sentenze munite di provvisoria esecuzione: l'indagine, teoricamente ingiustificata ed inutile, sarebbe necessaria in un sistema come il nostro, che ammette la delibazione di sentenze non ancora passate in giudicato, per evitare il pericolo di dar forza esecutiva ad una sentenza, che potrà essere annullata o riformata, nelle ulteriori istanze, per incompetenza (interna) del magistrato che la pronunziò. Quasi che la nostra indagine valesse ad escludere questo pericolo! e l'annullamento o la riforma per motivi diversi dall'incompetenza non avessero, per questo riguardo, lo stesso valore e lo stesso effetto pratico! Evidentemente, il Carbone ha mutato in un assurdo motivo a favore dell'indagine sulla competenza interna, quello che può essere un'ottima ragione per sostenere che il giudizio di delibazione riguarda soltanto le sentenze definitive.

di poter istituire l'indagine sulla competenza interna del tribunale straniero, che aveva pronunziato il divorzio, di cui si chiedeva in Italia il riconoscimento in ordine alla convenzione dell'Aia.

Poichè l'indagine prescritta dal n.° 1 dell'art. 941 ha per solo scopo di assicurare il rispetto della competenza giurisdizionale esclusiva dei vari Stati, i criteri in base a cui dev'esser fatta non possono esser quelli stabiliti dalla legge del giudice che ha pronunziato la sentenza: l'indagine non avrebbe allora ragione o significato alcuno (1). Si tratta, come ho detto, di far salvo l'ordine internazionale delle giurisdizioni, ossia di accertare che uno Stato non si è attribuito la competenza giurisdizionale esclusiva di un altro Stato: ciò può avvenire in due modi; o perchè lo Stato straniero ha pronunziato la sentenza in un caso nel quale, *secondo il diritto internazionale*, la giurisdizione spettava ad un altro Stato; o perchè, mancando norme di diritto internazionale che regolino questo punto, lo Stato straniero si è attribuita una competenza giurisdizionale che *noi* consideriamo propria di un altro Stato. Ne deriva, che quando esistono regole di diritto internazionale, consuetudinarie o risultanti da trattati, che determinano i limiti della competenza giurisdizionale dello Stato a cui appartiene il magistrato che pronunziò la sentenza, l'indagine deve farsi in base ad esse; quando mancano, come nel maggior numero dei casi, e gli Stati restano quindi giuridicamente liberi di determinare come credono la propria competenza giurisdizionale, l'indagine deve farsi in base ai criteri che la legge italiana assume come limiti della giurisdizione italiana di fronte alle giurisdizioni straniere, e che pertanto indicano quali sono i titoli, che, nel concetto del nostro legislatore, valgono a legittimare l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei tribunali di uno Stato in confronto agli altri Stati. Se questo è, com'io credo, il significato del n.° 1 dell'art. 941, non si può dire che vi sia una differenza sostanziale dalla convenzione, neanche in ordine al secondo principio: l'efficacia assoluta e prevalente delle norme di diritto internazionale che deter-

(1) Nella monografia citata ho mostrato come la limitazione dell'indagine alla competenza giurisdizionale del magistrato straniero si svolga insieme e parallelamente al principio che l'indagine deve farsi in base alla legge dello Stato dove si domanda l'esecuzione. La cosa, del resto, è evidente, per poco che vi si rifletta. L'obiezione che uno Stato non può pretendere di regolare con le proprie leggi la giurisdizione fuori del suo territorio (Mattirolo, Venzi, ecc.), non ha alcun fondamento, perchè non si tratta di regolare la competenza giurisdizionale di un altro Stato, ma di riconoscerne l'efficacia rispetto a noi; ed uno Stato, quando non vi si oppongano norme concrete di diritto internazionale, può ben dire che non riconoscerà quelle sentenze, che sono state pronunziate da un altro Stato, attribuendosi un potere giurisdizionale, che egli considera esorbitante ed ingiusto. È curioso poi che spesso i sostenitori di quella teoria ne evitano le conseguenze assurde, invocando la necessità di tutelare l'ordine pubblico e ricorrendo all'art. 12 delle preliminari: e non si valuta così alla stregua della nostra legge l'esercizio della giurisdizione da parte di un altro Stato? Rifiutare il riconoscimento delle sentenze francesi, pronunziate in base all'art. 14 di quel cod. civ., perchè fondate sopra una norma di competenza giurisdizionale che non ha riscontro nel nostro diritto, val quanto rifiutarlo perchè contrarie al nostro ordine pubblico, e meglio dovrebbe dirsi al *nostro diritto pubblico*. La sola differenza è questa: che il criterio qui sostenuto è rigorosamente giuridico e toglie ogni incertezza di applicazioni, cui l'opinione contraria apre invece largo campo, come accade tutte le volte che si ricorre al malfido *Deus ex machina* dell'ordine pubblico.

minano la competenza giurisdizionale dello Stato straniero è implicita in quella disposizione. Ma anche qui, chi professa un' opinione diversa, ed in specie chi ritiene che l' indagine sulla competenza giurisdizionale prescritta dall' art. 941 si debba svolgere secondo la legge del giudice che ha pronunziato la sentenza, non può a meno di ammettere una deroga introdotta dalla legge 7 settembre 1905. Secondo me, adunque, rimane sostanzialmente immutato il n.° 1 dell' art. 941, aggiungendosi, nel caso, la determinazione dei criteri di competenza giurisdizionale; secondo l' opinione contraria, è applicabile una norma creata dalla legge 7 settembre 1905, che, derogando al codice, circoscrive l' indagine alla competenza giurisdizionale e ne fissa i criteri.

24. Ed ora tracciamo brevemente il contenuto di quest' indagine.

La sentenza, di cui si domanda il riconoscimento, può emanare dalla giurisdizione nazionale o da quella del domicilio. Nessun altro caso è possibile, perchè nessun altro criterio attributivo di competenza giurisdizionale è ammesso dalla convenzione: una sentenza che non provenisse dalla giurisdizione nazionale dei coniugi, o da quella del domicilio, dovrebbe senz' altro essere respinta come pronunziata da giudice incompetente (1).

1) Quando il giudice italiano ha accertato che i coniugi eran cittadini dello Stato dove venne pronunziata la sentenza, ha esaurito il suo ufficio, perchè, come abbiamo visto, la giurisdizione nazionale è *sempre* competente. La funzione del giudice si riduce dunque, in tal caso, a determinare la cittadinanza degli interessati: di questa determinazione, che non riguarda soltanto l' indagine sulla competenza giurisdizionale, dirò brevemente in seguito da un punto di vista generale.

Se i coniugi eran cittadini di Stati diversi, la giurisdizione nazionale competente è quella dello Stato, a cui hanno appartenuto insieme per ultimo (art. 8). Non potrebbero quindi essere riconosciute le sentenze pronunziate dai tribunali dell' uno o dell' altro dei due Stati a cui i coniugi appartengono attualmente, a meno che lo Stato che le ha pronunziate fosse in pari tempo quello a cui prima appartenevano entrambi, oppure la giurisdizione sia fondata sul criterio del domicilio, conformemente, in tal caso, all' ultima legge nazionale comune. Per quanto possa sembrare davvero poco soddisfacente che si mantenga quest' autorità ad uno Stato, col quale i coniugi non hanno forse più alcun rapporto, privandone quelli che avrebber veramente titolo ed interesse ad esercitarla, la cosa non è dubbia di fronte alla disposizione dell' art. 8, che si riferisce esplicitamente a tutti i pre-

---

(1) Fuori dei casi in cui è applicabile la convenzione, il criterio che legittima, di fronte a noi, l' esercizio della funzione giurisdizionale nelle questioni di cui si parla è, secondo quanto abbiamo detto, la cittadinanza delle parti: valgono, dunque, come pronunziate dall' autorità giudiziaria competente, agli effetti dell' art. 941 cod. proc. civ., tutte e soltanto le sentenze di divorzio e di separazione, che emanano dai tribunali dello Stato, al quale appartenevano i coniugi. La legge 7 settembre 1905 ha aggiunto, in casi e limiti determinati, il criterio del domicilio. Chi ritiene che i criteri di competenza giurisdizionale degli art. 105-106 cod. proc civ. valgano anche, in tutto o in parte, per le azioni di stato, deve corrispondentemente estendere i casi di competenza giurisdizionale dei tribunali stranieri: la legge 7 settembre 1905 avrebbe allora ristretto, anzichè esteso com' io credo, i principî vigenti.

cedenti, e quindi anche al quinto; disposizione resa anche più chiara, in tal senso, dalle illustrazioni di cui è oggetto nella relazione del Renault alla Conferenza del 1900, dalle quali risulta in maniera evidente che l'art. 8 fu collocato nel posto che occupa proprio con lo scopo di estenderne il principio alle disposizioni riguardanti la giurisdizione (1).

25. 2) Se invece la sentenza emana dalla giurisdizione del domicilio, siccome questa è competente soltanto in casi e condizioni determinate, l'ufficio del giudice è più delicato e complesso. In particolare egli deve: *a*). Accertare l'esistenza del domicilio, nei casi previsti dall'art. 5 n.° 2 — *b*). Accertare che la legge dello Stato a cui appartengono i coniugi non riserba esclusivamente ai tribunali nazionali la competenza a conoscere delle domande di divorzio e di separazione.

a) Il domicilio è un concetto giuridico; bisogna quindi stabilirlo movendo da un determinato diritto obiettivo (2). La convenzione non dice, in generale, qual sia la legge applicabile alla determinazione del domicilio; ma si riferisce espressamente alla legge

---

(1) *Actes de la 3me Conférence*, pag. 213-14.

(2) Confr. Neumann, *Internationales Privatrecht*, Berlin 1906, pag. 49 e seg.; Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 178; Niemeyer, *Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin 1901, pag. 69; Levis, *Das internationale Entmündigungsrecht des Deutschen Reichs*, Leipzig 1906, pag. 16, 24. Diversamente il v. Bar, *Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts*, nell'*Archiv für öff. Recht*, vol. XV, pag. 43, il quale crede di poter considerare il concetto del domicilio « als einen allgemein gültigen », salvo tener conto delle differenze nelle applicazioni particolari; e ciò perchè tutte le legislazioni moderne avrebbero accolto, in sostanza, il concetto romano dell'istituto: confr. *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover 1889, pag. 151. Ma l'affermazione è in contrasto coi fatti. Sarebbe ben difficile, io credo, dimostrare che il concetto del domicilio nelle principali legislazioni moderne è ancora quello del diritto romano: vi si avvicina di certo assai la nuova legislazione civile germanica (confr. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin 1888, vol. I, pag. 68 e seguente); ma si potrebbe dire lo stesso dei codici francese e italiano? E non parlo del diritto inglese, dove la dottrina del domicilio si è venuta svolgendo con tratti così originali, che un eminente espositore di quella legislazione, il Westlake, dopo avere richiamato i noti testi romani, conclude: «.. we should perhaps best mark the difference between the ancient Roman und modern English notions if in the Corpus iuris we translated *domicilium* by residence, rather than by a word which in English is exclusively technical ». *A treatise on private international law*, 3a ed, London 1890, pag. 284. Confr. la recensione fatta da questo scrittore all'opera di C. Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, Genève 1876, nella *Revue de droit international* del 1877, pag. 607 segg, specialm. 612-614, e inoltre: Phillimore, *Commentaries upon international law*, vol. IV, 3a ed., London 1889, §§ 37 e segg., Dicey, *op. cit.*, pag. 79 segg. Si può parlare di semplici differenze d'applicazione finchè confrontiamo gli art. 16-19 del cod. civ. it. con gli art. 102-111 del cod. civ. francese: ma se confrontiamo questi ultimi coi §§ 7 e segg del cod. civ. germanico, vediamo balzar fuori una differenza nel modo stesso ond'è concepito l'istituto: vedi questo raffronto in Fortsch, *Vergleichende Darstellung des Code civil und des bürgerlichen Gesetzbuches*, 2a ed., Berlin 1899, pag. 7 seg. E differenze più che di semplice applicazione sarebbe facile trovare persino fra legislazioni vicinissime l'una all'altra: si pensi alle discussioni, ignote a noi, cui ha dato luogo in Francia il *domicilio autorizzato* dello straniero (art. 13 cod. civ. fr.): vedansi su ciò Aubry et Rau, I, § 79; Duranton, I, n. 353; Demolombe, I, n. 268; Laurent, *Droit civil international*, Paris 1880-82, vol. III, n. 264; Durand, *Essai de droit international privé*, Paris 1884, sez. 2a, cap. 4; ecc.

nazionale dei coniugi, quando si tratta di stabilire la possibilità che essi non abbiano il medesimo domicilio. Ciò vuol dire: 1°). Che la convenzione, molto giustamente, non parte dall'idea che il domicilio sia un concetto generale, universalmente valevole, ma lo riferisce ad un determinato diritto positivo (1); 2°). Che il diritto positivo a cui la convenzione si è riferita, allorquando le si è presentato uno dei casi, in cui la determinazione concreta di quel concetto può più facilmente dar luogo a risultati divergenti o malsicuri, è la legge nazionale dei coniugi. Dopo ciò non sembrerà azzardato dire che la legge alla quale ci si deve riferire per la determinazione del domicilio è, in ogni caso, quella dello Stato a cui appartengono i coniugi (2). In base a questa legge quindi il giudice italiano dovrà determinare quali sono i caratteri distintivi del domicilio, stabilire se, nel caso concreto, esisteva o no il domicilio di ambedue i coniugi o del convenuto nello Stato che ha pronunziato la sentenza, risolvere eventualmente le questioni circa l'acquisto o la per-

---

(1) Non é fuor di luogo notare che, nella seconda Conferenza (1894), la commissione incaricata di elaborare il progetto di convenzione relativo alla tutela dei minori emise il voto che si determinasse altresì il senso e la portata di certi termini, in specie del domicilio: *Actes de la 2me Conférence*, pag. 114. Il voto alludeva forse ad un regolamento internazionale dell'istituto: la Conferenza del 1900 si è contentata, più praticamente, di fissare la legge applicabile.

(2) L'opinione sostenuta nel testo, che mi pare in tutto corrispondente, così alla lettera, come allo spirito della convenzione, si allontana dalle teorie comunemente ammesse circa la legge applicabile alla determinazione del domicilio. Alcuni ritengono che il domicilio si debba determinare in ogni caso secondo la legge del giudice investito della causa (*lex fori*); ciò porta ad applicare la legge interna, così alla determinazione del domicilio di stranieri nello Stato, come alla determinazione del domicilio di cittadini o di stranieri all'estero: in questo senso Kahn, *Gesetzeskollisionen*, negli *Iahrbücher* di Ihering, vol. XXX, 1890 pag. 76; Neumann, *op. cit.*, pag. 51; Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs*, vol. I, 2ª ed., 1901-02, pag. 98; Levis, *op. cit.*, pag 24 e seguente; e, sostanziamente, la giurisprudenza anglo-americana, sebbene essa ammetta talora che quando una legge straniera attribuisce determinati effetti ad un domicilio che presenta determinati caratteri (es. il *domicilio autorizzato* del diritto francese), dev' essere applicata anche per stabilire se una persona ha, in quello Stato, un domicilio capace di produrre quei dati effetti: confr. Westlake, *op. cit.*, pag 303; Dicey, *op. cit.*, pag. 113. Quest'opinione, che è una delle conseguenze più rigorosamente logiche della dottrina che concepisce il diritto internazionale privato come diritto interno dei singoli Stati, si fonda specialmente su ciò, che quando la legge adotta il domicilio come criterio di competenza legislativa o giurisdizionale, si riferisce a quest'istituto così come essa lo intende e lo regola. Non vi è bisogno di aggiunger altro per dimostrare che questa ragione non riguarda il caso nostro, in cui si tratta d'interpretare una convenzione internazionale. Potrebbe invece avere una certa importanza la teoria che, partendo dal concetto che spetta ad ogni legge di stabilire le condizioni, nel concorso delle quali può dirsi che esista un domicilio nello Stato, ritiene che il diritto applicabile sia quello dello Stato dove si pretende che la persona sia domiciliata, qualunque disposizione abbia in proposito la *lex fori*: così, da un punto di vista generale, Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 178 seg., e, con qualche limitazione in rapporto al diritto positivo germanico, Niemeyer, *op. cit.*, pag. 69 e segg., e Lippmann, *Die Entmündigung von Ausländern im System des internationalen Privatrechts*, Greifswald 1902, pag. 25, n. 3: così pure, per ciò che riguarda la determinazione della competenza, il Rolin, *Principes de droit international privé*, Paris 1897, vol. I, n. 433, sebbene in generale ritenga che la legge applicabile dev'essere diversa a seconda della materia a cui il domicilio si riferisce. Questo principio avrebbe portato, nel caso nostro, a dichiarare applicabile la legge dello Stato dove viene invocata la funzione giurisdizionale in base al domicilio; ma la preferenza accordata alla legge nazionale risponde manifestamente al concetto che informa tutta la convenzione

dita del domicilio, e via dicendo. Se la legge nazionale dei coniugi ammette più domicili (1), ciascuno di questi può valere come titolo di competenza giurisdizionale, tranne che la legge stessa non attribuisca questo effetto ad uno soltanto di quei domicili; nel

(1) L'ipotesi di mancanza di un domicilio dei coniugi in estero Stato non ha importanza, perchè ne viene da sè che rimane competente soltanto la giurisdizione nazionale. Che non si possa sostituire il criterio della residenza o quello della dimora, è senz'altro evidente; ma anche il criterio dell'*ultimo* domicilio, sostenuto specialmente dalla giurisprudenza anglo-americana, la quale ritiene che il domicilio continui ad esistere fino a che non se ne acquista uno nuovo (Westlake, *op. cit*, §§ 257 segg., Dicey, *op. cit.*, pag. 114 seg., Wharton, *Conflict of laws*, 2ª ed., 1881, §§ 55 segg.), e applicato talora dalla giurisprudenza germanica anteriore al codice (tribunale dell'impero 27 aprile 1893, in Böhm's *Zeitsch. f. intern. Privat. und Strafrecht*, vol. IV, pag. 279 segg., con larghi richiami di dottrina) è inammissibile, a parte le obiezioni che solleva (confr. Zitelmann, *op. cit.*, I, pag. 181), sotto l'impero della convenzione. La giurisdizione normalmente competente è quella dello Stato di cui i coniugi son cittadini; si ammette tuttavia, ove questa non vi si opponga, che essi possano rivolgersi alla giurisdizione del domicilio, in vista del rapporto in cui si trovano con la detta giurisdizione e dei vantaggi che può presentare per loro in confronto alla lontana giurisdizione nazionale. Ma se il rapporto manca, riprende vigore la regola generale, ossia la competenza esclusiva dello Stato a cui i coniugi appartengono: è inammissibile che si escluda questa giurisdizione in nome di un rapporto che non esiste più, perchè, venendo meno il rapporto, é venuta meno la ragione che deve giustificare la deroga alla giurisdizione nazionale. A questo concetto, che discende con tutta evidenza dallo spirito dell'art. 5 della convenzione, risponde esattamente la lettera di esso, che allude sempre e soltanto ad un domicilio attuale; e se in due casi particolari e ben determinati permette di tener conto di un domicilio che non esiste attualmente, la deroga colpisce il principio *actor sequitur forum rei* a favore del domicilio comune, ma non riguarda affatto l'ipotesi di una mancanza attuale di domicilio. Tant'è vero che l'attore ha la scelta fra la giurisdizione dell'ultimo domicilio comune e quella del domicilio attuale del convenuto (Confr. *Actes de 3ᵐᵉ Conférence*, pag. 211). È naturale che il difetto di quest'ultimo non tolga il diritto di adire l'ultimo domicilio comune, chè, altrimenti, lo scopo della disposizione sarebbe frustrato; ma ciò che importa è che il diritto non nasce dalla mancanza del domicilio attuale, ne è anzi del tutto indipendente. Altra è poi la questione se il domicilio manchi o no: essa va risoluta applicando la legge nazionale dei coniugi; e se questa stabilisce che un domicilio legalmente acquistato non si perde finchè non se ne acquista un altro, rimane la possibilità di rivolgersi alla giurisdizione di quel dato luogo, comunque sieno rilassati o estinti i vincoli di fatto: non si tratta, in tal caso, dell'ultimo domicilio, ma del domicilio attuale, di un domicilio che non ha mai cessato di esistere.

È invece importante l'ipotesi contemplata nel testo, perchè varie leggi ammettono la possibilità di più domicili; così, ad esempio, espressamente l'art. 7 al. 2 del cod. civ. germanico. Che in tal caso si debba ammettere la competenza giurisdizionale di ciascuno degli Stati dove esiste un domicilio mi pare evidente, se pensiamo che rispetto ad ognuno dei detti Stati sussiste il criterio che impone il dovere e accorda il diritto di esercitare la funzione giurisdizionale, che mancherebbe ogni ragione ed ogni criterio sicuro di preferenza, e che, d'altronde, la giurisdizione del domicilio non ha mai carattere esclusivo (Levis, *op. cit*, pag. 31). Nel campo processuale il problema è assai diverso da quello che si presenta quando il domicilio vale come criterio di competenza legislativa; in questo caso si impone la necessità di una scelta, e le divergenze fra gli scrittori ne mostrano tutta la difficoltà: vi ha chi sostiene il *domicilio più antico*, come Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, 1848, pag. 101, Barazetti, *Das internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuche*, 1897, pag. 12, Foelix-Demangeat, *Traité de droit international privé*, vol. I, Paris 1866, pag. 51, e, in via di criterio generale ma non esclusivo, Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 180, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, 1895, pag. 220, Niemeyer, *op. cit.*, pag. 73, Levis, *op. cit.*, pag. 33, ecc., chi vuole anzitutto tener conto del *domicilio che*, nel caso concreto, *presenta il rapporto più intimo e costante con la questione da risolvere*, come Neumann, *op. cit.*, pag. 51 seg., Niemeyer, *op.*

qual caso, in sostanza, è come se i coniugi avessero un solo domicilio, quello che presenta il carattere voluto dalla legge nazionale per essere attributivo di giurisdizione (1).

b). La giurisdizione del domicilio è competente se la legge nazionale dei coniugi non riserba esclusivameute ai tribunali dello Stato la conoscenza delle domande di divorzio e di separazione. La legge nazionale può dunque escludere la giurisdizione del domicilio, escludendo, in genere, ogni giurisdizione straniera; ma se non assume quest' attitudine, la giurisdizione del domicilio è senz' altro competente. Ciò vuol dire che la competenza sorge come un effetto immediato e diretto delle obbligazioni che gli Stati hanno assunto con la convenzione, e non già in forza di una disposizione della legge nazionale dei coniugi. In altre parole, la convenzione ha subordinato la competenza dei tribunali del domicilio ad una condizione: che la legge nazionale non riserbi esclusivamente ai tribunali dello Stato la conoscenza di queste cause; ma allorquando la condizione si verifica, la competenza giurisdizionale dello Stato dov' è il domicilio dei coniugi o del convenuto sussiste con effetto internazionalmente obbligatorio, qualunque possano essere le disposizioni della legge nazionale. Come la giurisdizione del domicilio non ha il suo fondamento nella disposizione della legge nazionale, che prescrive o permette ai coniugi di rivolgersi ai tribunali dello Stato dove sono domiciliati, così non può essere esclusa dalla disposizione della legge nazionale che eventualmente riconoscesse invece la competenza giurisdizionale di un altro Stato, per esempio di quello dove avvenne il fatto che serve di base alla domanda di divorzio o di separazione, o di quello dove fu celebrato il matrimonio Insomma, si è voluto rispettare il carattere esclusivo della giurisdizione nazionale, ma nulla di più; se questo carattere vien meno, è sempre competente, accanto ad essa, anche la giurisdizione del domicilio.

Con ciò è delineata l' indagine che il giudice italiano deve istituire per accertare la competenza della giurisdizione del domicilio. Trattasi *unicamente* di vedere se la giurisdizione nazionale è esclusivamente competente o no: nel primo caso, la giurisdizione del domicilio, fatta eccezione pei matrimoni non riconosciuti dallo Stato al quale appartengono

---

cit., pag. 83, Levis, *op. cit.*, pag. 33, Habicht, *Internationales Privatrecht,* Berlin 1907, pagina 231; *il domicilio nello Stato è* dai più senz' altro *preferito a quello in uno Stato straniero;* così Zitelmann, *op. cit.*, I, pag. 180, Niedner, *Das Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche,* 2ª ed. 1901, sull' art. 29, nota 6, Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,* 3ª ed., nota 1 sull'art. 29 della legge d' introduzione (contro Niemeyer, *op. cit.*, pag. 73 e Levis, *op. cit*, pag. 33); da altri si attribuisce maggior importanza al *domicilio combinato con la dimora attuale effettiva;* in tal senso Kahn, *op. cit.*, pag. 79, e Meili, *Das intern. Civil-und Handelsrecht,* ,vol. I, 1902, pag. 151, mentre i più subordinano questo criterio alla prevalenza del domicilio nello Stato su quello all' estero, ed anche ad ogni altro rapporto che dimostri la relazione più intima e forte di un dato domicilio col fatto giuridico di cui si tratta; Zitelmann, Niemeyer, Levis, Habicht ecc. E sarebbe facile continuare le citazioni.

(1) Per quanto io so, in nessuno degli Stati firmatari vige una disposizione di tal genere· ma la riserva è opportuna in vista di possibili modificazioni future, ed è una conseguenza logica del principio che la determinazione del domicilio si fa in base alla legge nazionale dei coniugi: essa, quindi, non contrasta affatto col concetto, che espongo di seguito nel testo, di una completa indipendenza della giurisdizione del domicilio.

i coniugi, è *sempre incompetente*, nel secondo *sempre competente*. La competenza esclusiva della giurisdizione nazionale può sussistere per una data specie di matrimoni soltanto, per esempio per quelli religiosi: in tal caso la giurisdizione del domicilio sarà incompetente per quei matrimoni, competente per gli altri; infatti la giurisdizione nazionale « est réservée *dans la mesure* où cette juridiction est seule compétente » ecc. (1).

La competenza esclusiva della giurisdizione nazionale può risultare da un' espressa disposizione di legge, come il § 114 della legge ungherese n.° XXXI del 1894, secondo cui « nelle cause matrimoniali di cittadini ungheresi hanno efficacia soltanto le sentenze dei tribunali ungheresi » (2). Ma il più delle volte disposizioni di tal genere mancano, e la conclusione va ricavata, come nel diritto nostro, dall' interpretazione di altre norme, o anche dai principî generali che informano i limiti della giurisdizione interna di fronte alle giurisdizioni straniere nello Stato di cui si tratta. La convenzione non richiede che il carattere esclusivo della giurisdizione nazionale risulti da un' espressa disposizione di legge, nè potrebbe quindi l' interprete introdurvi questa limitazione, per quanto ardua e delicata possa divenire in tal modo l' indagine affidata al giudice, e si apra certamente l' adito a conclusioni divergenti e malsicure. Salvo, dunque, ogni apprezzamento sulla bontà del sistema adottato dalla convenzione, si può dire che il giudice italiano dovrà in ogni caso accertare, con piena indipendenza di giudizio, se la giurisdizione nazionale dei coniugi era esclusivamente competente o no, e, secondo i risultati del suo apprezzamento, affermare o negare la giurisdizione dello Stato che ha pronunziato la sentenza. L' esposizione dei risultati concreti a cui può dar luogo quest' indagine applicata ai vari Stati firmatari, più importante praticamente che dal punto di vista dei principî, ci porterebbe in un campo troppo diverso da quello assegnato al presente studio.

26. La potestà giurisdizionale di cui il giudice italiano deve accertare l' esistenza può avere il suo fondamento in uno stato di cose anteriore o contemporaneo al giudizio.

Il primo caso si verifica: *a*). Quando i coniugi non hanno più la stessa cittadinanza: la giurisdizione nazionale competente è quella dello Stato a cui hanno appartenuto insieme per ultimo (art. 8) — *b*). Quando vi è stato abbandono o cambiamento di domicilio posteriormente al fatto su cui si fonda la domanda di divorzio o di separazione: l' azione può esser portata dinanzi alla giurisdizione dello Stato, dove i coniugi ebbero l' ultimo domicilio comune (art. 5 n.° 2). In questi casi, la determinazione del momento a cui dobbiamo

(1) Confr. *Actes de la 3me Conférence*, pag. 211. La traduzione ufficiale italiana « Ciò nonostante, la giurisdizione nazionale è riservata, *in quanto* essa sia ecc. » non rende forse con altrettanta chiarezza il pensiero.

(2) Il principio vigeva già nella legislazione ungherese, come norma generale per tutte le azioni di stato, in forza del § 5 della legge n. LX, anno 1881, secondo cui « nelle questioni relative allo stato personale di un cittadino ungherese non possono ricevere esecuzione nel regno le sentenze dei tribunali stranieri ». Il § 67 al. 2 della legge n. XXXIII, anno 1894, vieta ogni annotazione nella matricola ungherese in base a sentenze pronunziate dai tribunali stranieri nelle cause matrimoniali interessanti un cittadino ungherese. Confr. Walker, *Streitfragen*, *cit*, pag 128, nota 16.

riferirci per stabilire la sussistenza della potestà giurisdizionale, in relazione con lo svolgersi successivo del processo, non ha importanza, perchè la giurisdizione si fonda sopra uno stato di cose che esistette in un momento dato, anteriore al giudizio.

Il secondo caso si verifica tutte le volte che la potestà giurisdizionale ha il suo fondamento nella cittadinanza o nel domicilio attuale dei coniugi. A qual momento dovremo allora riferirci fra i vari che corrono dall' instaurazione del giudizio all' emanazione della sentenza? È principio generalmente ammesso che per determinare la competenza, massime quella territoriale, si ha riguardo al momento in cui si propongono le azioni; conseguenza logica della regola che i presupposti processuali debbono esistere al momento della domanda (1), che è l' atto costitutivo del rapporto processuale. Sulla base dei testi romani, e specialmente della celebre legge 30 *de iudiciis* (Dig. V, 1), invalse nel diritto comune il principio che il regolare inizio della lite fissa *definitivamente* la competenza del giudice e toglie così ogni effetto ai cambiamenti che si verificassero, durante il processo, nei fatti su cui la competenza riposa (cosiddetta *perpetuatio fori*) (2). Spogliato di taluni elementi connessi coi sistemi storici secondo cui alla costituzione del rapporto processuale si reputava occorrente la volontà del convenuto, il principio è passato nel diritto moderno, ora in forza di speciali disposizioni di legge, ora per l' applicazione costante fattane dalla dottrina e dalla giurisprudenza (3). E come tale è stato senz' altro applicato anche nel campo che qui c' interessa, in quello, cioè, dei rapporti fra autorità giudiziarie di Stati diversi, e precisamente nel senso che un cambiamento di cittadinanza o di domicilio non spoglia il giudice della competenza giurisdizionale che aveva al momento della domanda (4) Ma

---

(1) Confr. Hellwig, *op. cit.*, vol. I, pag. 144, vol. II, pag. 16 e segg; Chiovenda, *Principî*, pag. 80; Kleinfeller, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1905, pag. 275. Contro: Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 685, il quale ritiene che, di regola, i presupposti processuali devono esistere al momento della sentenza.

(2) Sul significato di questo testo vedi Bülow, *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen 1868, pag. 93 e seg, e Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3ª ed., Leipzig 1878, pag. 477 e seg.: confr. pag. 128. Ma l' indipendenza del principio dalla *litis contestatio* era stata già riconosciuta nel diritto comune: confr. Donello, *Commentarii de iure civili*, lib. XVII, cap. 18, §§ 3, 6 e seg.; Voet J., *Ad Pandectas*, lib. V, tit. 1°, § 64.

(3) Cod. di proc. civ. germanico, § 263 al. 2; e si vedano in proposito Gaupp-Stein, *op. cit.*, I, pag. 597; Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 144; Weismann, *Lehrbuch* vol. I, pag. 372; Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 410, 687; Fitting, *Der Reichscivilprozess*, 12ª-13ª ed., Berlin 1907, pag. 45, 221; Kleinfeller, *Lehrbuch*, pag. 272, ecc. Norma di giurisdizione austriaca 1° agosto 1895, § 29; e su ciò Trutter, *Das österreichische Civilprocessrecht in systematischer Darstellung*, Wien 1899, pag. 73, 298, e Schauer, *Jurisdictionsnorm*, pag. 56. Per il diritto francese vedansi: Carré-Chauveau, *Leggi della procedura civile*, trad. it. dell' avv. De Filippo, vol. I, Napoli 1853, questione 254, pag. 414 e segg.; Dalloz, *Rep.*, v. *Compétence*, nn. 55-58; Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, vol. I, Paris 1882, pag. 634 e seg. Nel diritto italiano la cosa non è discussa riguardo alla competenza per territorio: le difficoltà a cui ha dato luogo in ordine alla competenza per valore, (confr. Mattirolo, *Trattato*, vol. I, n. 212 e segg.) si risolvono più esattamente col principio che le domande *nuove* vanno considerate nel momento in cui si propongono; Chiovenda, *op. cit.*, pag. 403 e seg.

(4) Confr. Bartin, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*. I: *De la compétence du tribunal étranger*, Paris 1907, pag. 9 segg., con larghe citazioni di giurisprudenza. Adde: Appello Napoli 21 maggio 1907, *Giur. it.* 1908, I, 2, 1.

se ben guardiamo, quest' applicazione analogica alla competenza giurisdizionale dei principî che valgono per la competenza interna è affatto ingiustificata. Qui non si tratta di stabilire la regolare costituzione del rapporto processuale, come base dell' obbligo del giudice di provvedere sulle domande delle parti, ma bensì la potestà dello Stato di emanare un dato provvedimento: questa potestà si attua mediante l' emanazione del provvedimento; è dunque questo il momento in cui deve esistere (1). L' opinione contraria scambia evidentemente la giurisdizione con la competenza, ed è, in ultima analisi, una delle molteplici manifestazioni di quell' errore comune, che consiste nel trattare le questioni di competenza giurisdizionale come questioni di competenza per territorio. La continuazione della competenza, in seguito alla domanda giudiziale, muove dal presupposto che esista la potestà giurisdizionale; se questa vien meno, è impossibile parlare di persistenza del foro adito (2).

L' indagine sulla competenza del giudice straniero deve dunque riferirsi al momento in cui fu pronunziata la sentenza (3). Di qui deriva che se durante il processo muta la cittadinanza o il domicilio dei coniugi, vien meno la potestà giurisdizionale e la sentenza che fosse, ciò nonostante, pronunziata nello Stato straniero, non potrebbe essere riconosciuta in Italia come pronunziata da un tribunale competente a termini dell' art. 5 della convenzione, a meno che la potestà giurisdizionale non abbia trovato un fondamento *nuovo* nel fatto che lo Stato straniero è quello a cui i coniugi appartennero insieme per ultimo, o dove ebbero l' ultimo domicilio comune nei casi specificati dall' art. 5 n.° 2 (4). E ne

---

(1) Conforme: Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 98; Levis, *op. cit.*, pag. 34 e seg. Implicitamente, e da un punto di vista diverso, Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 685.

(2) È il concetto chiaramente espresso nel § 29 della norma di giurisdizione austriaca Confronta Schauer, *op. cit.*, pag. 56; Walker, *Streitfragen*, pag. 106 e seg; Trutter, *op. cit.*, pag. 73, 298. Arriva alla stessa conclusione, ma con ragioni che mi paiono affatto inconcludenti ed erronee, il Ferrara, *Controversie in tema di delibazione*, nella *Giur. it.*, 1908, I, 2, 3 segg., ed in *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli 1907.

(3) Non al momento in cui la sentenza è passata in giudicato, perchè l' atto giurisdizionale esisteva già, per quanto sospesa ed incerta ne fosse l' efficacia: confr. v. Bar, *Theorie u. Praxis*, vol. II, pag. 503, e Levis, *op. cit.*, pag. 35.

(4) La conclusione è formulata così per prevenire un' obiezione, che sembra a prima vista potersi trarre dalla riserva fatta nell' art. 5 n. 2 a favore dell' ultimo domicilio *comune*, qualora il mutamento sia avvenuto dopo che si verificò il fatto su cui si fonda la domanda di divorzio o di separazione. Si è voluto evitare che uno dei coniugi possa creare ostacoli all' altro nell' esercizio della sua azione, impedendo, con un cambiamento di domicilio, la regolare costituzione del rapporto processuale in quello Stato (*Actes de la 3me Conférence*, pag. 211): parrebbe dunque si potesse dire che la convenzione è contraria ad ammettere l' efficacia di un mutamento del fatto attributivo di giurisdizione, anche quando sussiste semplicemente la possibilità di una futura eventuale domanda; *a fortiori* quando, essendosi già costituito il rapporto processuale, esiste il diritto delle parti ad un provvedimento del giudice, qualunque possa esserne il contenuto. Ma l' obiezione è soltanto apparente. Ad evitare gl' inconvenienti accennati, la convenzione, lasciamo andare se opportunamente o no, ha voluto che in certi casi la potestà giurisdizionale riposi sopra un fatto anteriore al giudizio, e sussista indipendentemente da ogni particolare rapporto attuale dei coniugi con lo Stato, mentre in altri casi riposa soltanto sopra un rapporto attuale e concreto; è naturale allora che sussista o no secondo che sussiste o cessa il rapporto, ogni qualvolta non possa fondarsi sul fatto che il rapporto voluto ha esistito in un momento anteriore. Sono due concetti assolutamente diversi, ciascuno dei quali produce le conseguenze che gli

deriva altresì che il difetto di potestà giurisdizionale al momento della domanda, per la mancanza del domicilio o della cittadinanza, è sanato se, durante il processo, le parti si vengono a trovare nella situazione voluta. In tal caso, infatti, la sentenza di cui si chiede il riconoscimento emana dall'autorità che aveva il potere di emanarla; la regolare costituzione del rapporto processuale non può essere obietto d'indagine da parte del giudice nostro; e sarebbe d'altronde una pedanteria ingiustificata ed inutile esigere la rinnovazione del giudizio dinanzi alla stessa autorità che ha pronunziato (1).

27. La giurisdizione del domicilio, nei casi in cui è ammessa, concorre elettivamente con quella nazionale. Concorrenti elettivamente fra loro sono pure le varie giurisdizioni determinate dal domicilio, sia che i coniugi abbiano più domicili, sia che l'attore possa scegliere fra il domicilio attuale del convenuto e l'ultimo domicilio comune. Ma la convenzione, lasciando in certi casi all'attore la possibilità di una scelta fra due o più giurisdizioni di Stati diversi, non ha certamente inteso di ammettere la possibilità che la stessa domanda venga proposta dinanzi a quelle varie giurisdizioni; tutt'al contrario, essa parte dal concetto che fra le stesse persone e per lo stesso oggetto non possa esservi che un solo giudizio, capace di metter capo ad una decisione efficace in tutti gli Stati firmatari. Questo, senza possibilità di dubbio, il concetto fondamentale della convenzione, che è poi, in sostanza, la sua vera e sola ragion d'essere. Rimane però da vedere in qual modo concretamente si attua.

La convenzione, adunque, è dominata dal principio della *unicità del giudizio*, che trova la sua espressione nell'obbligo di tutti gli Stati firmatari di riconoscere la decisione emanata da una giurisdizione competente. Questo principio, combinato con la concorrenza elettiva di più giurisdizioni, si risolve logicamente in ciò, che la scelta esercitata dall'attore preclude la via ad instaurare il medesimo giudizio in qualunque altro degli Stati firmatari.

---

son proprie. Sicchè: o il mutamento di cittadinanza o di domicilio avviene da parte di uno solo dei coniugi, e la competenza giurisdizionale continua, ma si fonda sopra un titolo *nuovo;* o il mutamento avviene da parte di ambedue i coniugi, e la competenza giurisdizionale cessa, perchè è cessato il titolo su cui riposava, senza che siasene sostituito un altro. Quanto poi al diritto acquisito dalle parti ad un provvedimento del giudice, basti osservare che esso non è concepibile se non in quanto rimane giuridicamente possibile l'esercizio della funzione giurisdizionale: venendo meno la possibilità di questa funzione, vien meno il diritto di chiedere la attuazione della legge; ed è noto che le condizioni dell'azione devono esistere al momento della sentenza: confr. Chiovenda, *Principi*, pag. 81; Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 187 seg.; Weismann, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 71; Gaupp-Stein, *op. cit*, vol. I, pag. 707. La mancanza di giurisdizione è mancanza di una delle condizioni dell'azione (Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 155): suppongasi un giudizio regolarmente intentato contro uno straniero residente in Italia, il quale venga nel frattempo nominato agente diplomatico di uno Stato estero; ciò rende manifestamente impossibile ogni ulteriore esercizio della funzione giurisdizionale. E non altrimenti procede la cosa nel caso nostro.

(1) È anche generalmente ammesso che il difetto originario di competenza possa venir sanato da un mutamento avvenuto in corso di giudizio: confr. Gaupp-Stein, *op. cit.*, sul § 263; Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 144, *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, pag. 58, nota 17; Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 686; Weismann, *Lehrbuch*. vol. I, pag. 355, 372; Fitting, *Reichscivilprozess*, pag. 221, nota 33; Levis, *op. cit.*, pag. 34; tribunale dell'impero germanico, 8 luglio 1902, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, vol. 52, pag. 136.

Questi, pertanto, sono giuridicamente tenuti a non permettere che venga promosso dinanzi ai loro tribunali un giudizio di divorzio o di separazione già pendente dinanzi ad una giurisdizione straniera, che essi, a termini della convenzione, devono riconoscere competente. In conseguenza di quest' obbligo, i vari Stati firmatari devono avere una norma giuridica interna, che impedisca di proporre dinanzi ai tribunali dello Stato una domanda di divorzio o di separazione, già proposta dinanzi ad una giurisdizione straniera competente. Qual' è questa norma in Italia? Due soluzioni sono possibili: o l' art. 104 cod. proc. civ., o una norma speciale, sorta con la legge 7 settembre 1905. Che l' art. 104 riguardi unicamente i rapporti fra i vari tribunali italiani, parmi, in termini generali, una verità inoppugnabile; ma con questo non è ancor detto che non possa applicarsi per analogia ad una lite pendente avanti a tribunali stranieri (1), massime se quest' applicazione trova il suo fondamento in un trattato internazionale. Ma, nel caso nostro, l' applicazione dell' art. 104 mi par da escludere per un altro ordine di ragioni. Nel diritto italiano la litispendenza costituisce un' eccezione processuale vera e propria, che non può essere elevata d' ufficio (art. 188 cod. proc. civ.). Non è ora il luogo di discutere il valore di questo sistema e delle ragioni con cui si cerca di giustificarlo (2); certo è che esso, in sostanza, rimette alla volontà delle parti di lasciar sussistere un nuovo giudizio accanto a quello istituito

(1) È questa in sostanza, di fronte al nostro diritto positivo, la nota questione dell'ammissibilità dell'eccezione di litispendenza rispetto ad una lite pendente avanti a tribunali stranieri. Sullo stato della questione, per quanto riguarda specialmente la dottrina e la giurisprudenza italiana, confronta Venzi, nel *Foro it.*, 1904, I, 1451 segg., e Ghirardini. *La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. II, 1907, pag. 229 segg., 318 segg. Un recente riassunto della dottrina e della giurisprudenza dei vari paesi in Schmidt, *Die Einrede der Litispendenz auf Grund eines ausländischen Prozesses in Ungarn*, nella *Zeitsch. f. intern. Privat- u. öffentliches Recht*, vol. XVIII, 1908, pag. 17 e segg.

(2) Confr. Mortara, *Commentario*, vol. II, n. 202 e seg. La questione è stata recentemente oggetto d'importanti discussioni in Germania, in rapporto con quella sulla natura dell'eccezione di cosa giudicata Il carattere assoluto della litispendenza, e la sua elevabilità d'ufficio, è sostenuto specialmente da Kohler, *Prozessrechtliche Forschungen*, 1889, pag. 99, Bülow, *Absolute Rechtskraft*, nell'*Archiv f. d. civ. Praxis*, vol. 83, 1894, pag. 140, Schwartz, *Absolute Rechtskraft*, nel *Festgabe für H. Dernburg*, Berlin 1900, pag. 345. Ma prevale l'opinione contraria, più spesso come interpretazione del diritto positivo, talora anche in base a considerazioni d'ordine scientifico: confr. Gaupp-Stein, sul § 263, n II (pag. 594-95 dell'ed. cit.), Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 366, Kleinfeller, *Lehrbuch*, pag. 272, 274, Hellwig, *Anspruch u. Klagerecht*, cit., pag. 180 e seg., *Lehrbuch*, I, pag. 179, Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 671-72. Quest'ultimo, cui si deve il tentativo più notevole di una giustificazione del diritto vigente, considera il carattere relativo dell'eccezione di litispendenza come una conseguenza logica dei sistemi processuali che rimettono alla volontà delle parti di abbandonare il giudizio cominciato e instituirne un altro: il principio contrario sarebbe ammissibile soltanto nel sistema della cosiddetta *consumazione processuale*, in cui la *res in iudicium deducta* non può esser decisa che in quel dato giudizio (diritto romano antico, diritto germanico) Ma il rapporto logico fra la libertà di abbandonare il giudizio per cominciarne un altro sullo stesso oggetto, e quella d'istituirne due ad un tempo, parmi tutt'altro che evidente: ha importanza ben diversa la sostituzione di un nuovo giudizio ad uno che si abbandona, ella contemporanea prosecuzione di due giudizi, che possono metter capo a due sentenze contradittorie. Non è poi inutile ricordare che il principio della relatività dell'eccezione incontra in Germania limitazioni di molta importanza nelle questioni di diritto familiare, e specialmente nelle cause matrimoniali, in base al § 622 del cod. di proc. civ., che, dentro certi limiti, consente al giudice

prima. Ora non è certamente questo il concetto della convenzione: è impossibile che siasi voluto subordinare, in qualunque modo, il principio della unicità del giudizio e dell' efficacia universale della sentenza con cui si chiude alla volontà dei privati, i quali, in tal materia, potrebbero avere troppo spesso interesse a proseguire ambedue i giudizi, e così a costituire proprio quella condizione di cose, che la convenzione ha voluto eliminare. Una norma che si limita a dare al convenuto il potere di annullare il rapporto processuale non è dunque quella voluta dalla convenzione. E poichè l' ordine di esecuzione ha dato vita, come vedemmo, a tutte le norme giuridiche interne necessarie per l' integrale e corretto adempimento dei doveri nascenti dalla convenzione, si deve ammettere che esista, nel caso nostro, una regola particolare di carattere proibitivo assoluto, sorta per effetto della legge 7 settembre 1905, che l' autorità giudiziaria deve far valere anche d' ufficio.

L' applicazione di questa norma richiede l' *identità della causa* e la *competenza giurisdizionale* dello Stato straniero dove fu prima istituito il giudizio. Sul primo punto valgono i principî generali circa l' identificazione delle azioni (1), che non mi pare dieno luogo, nel caso nostro, a considerazioni particolari. L' identità mancherebbe se in uno Stato fosse chiesto il divorzio e in un altro la separazione personale (2); ma diversa è poi la questione se la domanda di divorzio *tolga il diritto* di chiedere la separazione, o viceversa: tale questione è di diritto sostanziale, e dipende naturalmente dalla legge regolatrice del rapporto. Dato che questa legge contenga una disposizione siffatta, la domanda dovrà essere respinta per mancanza di una *condizione dell' azione,* non già di un *presupposto processuale*, come nel caso di pendenza di lite (3). La competenza giurisdizionale dello Stato straniero, in base all' art. 5 della convenzione, deve naturalmente essere riconosciuta da noi; ed in quanto dipende da criteri che ogni Stato è libero di apprezzare come crede, potrà anche darsi che il giudice italiano non riconosca una competenza giurisdizionale che il giudice straniero ritiene fondata (ad es. per diversa valutazione della cittadinanza dei coniugi). In questo caso si rientra nel campo dei conflitti che la convenzione ha lasciato sussistere: la norma che vieta d' iniziare un nuovo giudizio non è applicabile, perchè il dovere internazionale a cui corrisponde riguarda soltanto i casi nei quali lo Stato è tenuto a riconoscere la competenza giurisdizionale dello Stato stranie-

---

di prendere in considerazione fatti non addotti dalle parti e di ordinare d' ufficio l' assunzione di prove: confr. Gaupp-Stein, sul § 622 n. III (vol. II, pag. 256).

L' eccezione di litispendenza è invece elevabile d' ufficio secondo il § 240 della norma di giurisdizione austriaca: conf. Trutter, *op. cit.*, pag. 72; Canstein, *Das neue österreichische Civilprocessrecht,* in Leske u. Löwenfeld, *Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr,* vol. III, p. I, Berlin 1901, pag. 148, 192.

(1) Confr. Chiovenda, *Principî*, pag. 233 segg.

(2) Confr. Meili, *Intern. Civilprocessrecht,* vol. II, pag. 384; ed una sentenza del tribunale di S. Gallo, ivi citata.

(3) Vero e proprio *presupposto processuale* nel caso nostro, perchè, come abbiam visto, rilevabile d' ufficio: sulla distinzione fra *presupposti* ed *eccezioni processuali,* confr. Hellwig, *Lehrbuch,* I pag. 143 e segg. Infatti il Canstein, *op. cit.*, pag. 143-44, considera la litispendenza nel diritto austriaco come mancanza di un presupposto processuale assoluto.

ro (1). Posto il principio che, nei rapporti regolati dalla convenzione, l' inizio del processo in uno degli Stati firmatari impedisce di proporre la stessa causa dinanzi alla giurisdizione di un altro Stato, concorrente elettivamente con la prima, le varie questioni che possono presentarsi nel giudizio di delibazione si risolvono con l' applicazione pura e semplice del criterio della prevenzione (2). Quindi, se la stessa causa è pendente dinanzi ai tribunali italiani, il riconoscimento sarà accordato o no, secondo che fu adita prima la giurisdizione straniera o la nostra: nel primo caso, infatti, il giudizio promosso in Italia non può avere nessun effetto per la mancanza di una condizione necessaria alla sua regolare costituzione, e nulla quindi si oppone al riconoscimento della sentenza straniera; nel secondo caso, invece, la giurisdizione esercitata dallo Stato straniero è inefficace, perchè, data la preventiva instaurazione del giudizio in Italia, essa non poteva legalmente esercitarsi. Se il concorso riguarda due giurisdizioni straniere, la pendenza di lite dinanzi a quella adita dopo non può mai impedire il riconoscimento del divorzio o della separazione pronunziati dalla giurisdizione adita prima; e viceversa, la pendenza di lite innanzi a questa impe-

---

(1) Rimane naturalmente impregiudicata, rispetto agli altri casi, la questione dell' applicabilità dell' art. 104 cod. proc. civ. A complemento di quanto è detto nel testo, non è fuor di luogo ricordare che l' opinione prevalente in Germania collega l'ammissibilità dell' eccezione di litispendenza fra autorità giudiziarie di Stati diversi col riconoscimento delle sentenze straniere, ritenendo che, dato questo riconoscimento senza revisione in merito, si riconosca anche il valore giuridico del processo straniero come tale, mentre, da un punto di vista pratico, si toglie ogni fondamento all'interesse che può aver l'attore d' istituire contemporaneamente il medesimo giudizio in due o più Stati diversi: è la teoria del Wach, *op. cit.*, I, pag. 246 segg., accolta, sopratutto per l'autorità di lui, dalla posteriore dottrina e giurisprudenza; confr. v. Bar, *Theorie u. Praxis*, vol. II, pag. 546 e segg., Kohler, *Beiträge zum Civilprocess*, 1894, pag. 554, Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 366, n.° IV, Walker, *Streitfragen*, cit., pag. 154 segg., Heidecker, *art. cit.*, pag. 469, Gaupp-Stein, sul § 263, II A. (vol. I, pag. 597); Trib. dell' impero 13 aprile 1901, ***Entscheid. in Civilsachen***, vol. 49, pag. 341 segg., oltre le sentenze citate in nota a pag. 345 e quelle dei tribunali superiori ricordate in Gaupp-Stein, *loc. cit.*, nota 40. Contro, però, Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 178. L' affinità di questo punto di vista con quello esposto nel testo non ha bisogno di esser dimostrata Ma l' obiezione che si fa alla teoria del Wach, cioè che il riconoscimento (d'altronde necessariamente incerto) di una futura sentenza non importa senz'altro che si debba riconoscere anche la semplice attività processuale impiegata da un giudice straniero in una lite non ancora definita, non colpisce il caso nostro, in cui il riconoscimento di quest' attività è *voluto* dalla convenzione, come mezzo necessario al raggiungimento del fine che si propone: rimane il concetto sostanziale del Wach, rafforzato dal carattere obbligatorio, che ha in questo caso il riconoscimento dei giudicati stranieri; e si aggiunge quella giustificazione immediata e diretta dell' efficacia della litispendenza all' estero, di cui non a torto si lamenta il difetto nella dottrina della quale ho fatto cenno. In sostanza, l'opinione da me sostenuta riposa esclusivamente sulla convenzione, ed è quindi indipendente dalle varie dottrine sulla questione generale dell' ammissibilità dell' eccezione di litispendenza fra tribunali di Stati diversi.

(2) Anche qui la conclusione sta indipendentemente dalle varie opinioni che dividono fra noi dottrina e giurisprudenza circa l'effetto della litispendenza nel giudizio di delibazione. Vedine una rassegna esatta, per quanto l' incertezza che domina sovrana lo consentiva, in Ghirardini, *art. cit.*, pag. 329 segg. Non saprei però convenire con lui nel fondare l'applicabilità dell'art. 104 cod. proc. civ. sul principio che la competenza del magistrato straniero nel giudizio di delibazione dev' essere determinata in base alla legge italiana: ciò è verissimo, ma la legge italiana applicabile è quella che delimita la *competenza giurisdizionale* dello Stato; e la questione è appunto se l'art. 104 si riferisca anche a questa.

disce sempre il riconoscimento della decisione pronunziata nello Stato, i cui tribunali furono aditi successivamente.

CAPO SETTIMO

L'indagine sulla regolarità della citazione in caso di sentenza contumaciale.

28. L'art. 7 della convenzione stabilisce una condizione particolare al riconoscimento delle sentenze pronunciate in contumacia; e cioè che il convenuto sia stato citato in conformità delle disposizioni speciali richieste dalla sua legge nazionale per il riconoscimento delle sentenze straniere. La relazione del Renault illustra assai brevemente questa disposizione: si volle evitare il pericolo che il convenuto non fosse stato messo in grado di difendersi per difetto di garanzie nel modo di citazione; dopo avere cercato invano una formula che potesse convenire ai vari paesi, si pensò bene di limitarsi a rinviare alle singole legislazioni (1).

In un ámbito assai più ristretto, il concetto della disposizione è sostanzialmente quello a cui rispondono, nel diritto nostro, i numeri 2 e 3 dell'art. 941 cod. proc. civ. Senza entrare nelle difficoltà non lievi che presenta una razionale interpretazione di questi due numeri (2), certo è che essi mirano ad assicurare che vi fu, nel processo straniero, la *possibilità concreta di un regolare contradittorio.* La nostra legge considera il contrasto reale o possibile delle parti nel giudizio come la preparazione necessaria del provvedimento del giudice, e perciò ne fa una condizione del riconoscimento della sentenza straniera. Non altro, come abbiamo visto, è il concetto della clausola dell'art. 7, che stiamo esaminando. Quindi: poichè la convenzione consente un'indagine, che il nostro diritto riguarda come necessaria al riconoscimento delle sentenze straniere, è logico che l'indagine si faccia anche per le sentenze contemplate dalla convenzione; ma in quanto poi l'indagine consentita da questa si contiene in limiti più ristretti di quelli che risultano dai numeri 2 e 3 dell'art. 941, e si svolge in base a criteri che sono, in parte almeno, diversi, devesi ritenere che la legge 7 settembre 1905 abbia derogato anche in questo al cod. di proc. civ., restringendo l'indagine nei limiti voluti dalla convenzione e determinando i criteri in base a cui va compiuta. In conclusione, dunque, alle indagini prescritte dai numeri 2 e 3 dell'art. 941 si sostituisce, nel caso nostro, quella di cui ora parliamo.

29. L'indagine riguarda soltanto le sentenze contumaciali. L'istituto della contumacia nel diritto moderno è il risultato di una lunga e complessa evoluzione storica (3), che, col prevalere dell'uno o dell'altro elemento, e col loro vario combinarsi con altri

(1) *Actes de la 3me Conférence,* pag. 212.

(2) Vedi ora Mortara, *Commentario,* vol. V, nn. 39-40, e Chiovenda, *Principi,* pag. 784 e segg.

(3) Confr. su ciò Wetzell, *op. cit*, § 49, ed ora specialmente Schmidt, *Lehrbuch,* pag. 550 segg., che ricollega assai bene i vari atteggiamenti delle legislazioni moderne ai precedenti storici dell'istituto.

istituti processuali, ha dato vita a principî e sistemi assai diversi fra loro (1). Il concetto della sentenza contumaciale non è lo stesso in tutte le legislazioni; sorge quindi necessaria la domanda: cosa deve intendersi per sentenza pronunciata in contumacia, agli effetti dell'art. 7 della convenzione? A prima vista può sembrare che il carattere contumaciale di una sentenza non possa determinarsi altrimenti che applicando la legge dello Stato dove fu pronunziata. E certo, se la questione fosse posta in termini generali e si trattasse di determinare gli effetti propri della sentenza contumaciale, non sarebbe possibile altra risposta che questa. Ma nel caso nostro si tratta di vedere qual significato attribuisce la convenzione alla frase « sentenza pronunciata in contumacia », e quindi, anzitutto, se intende di desumere questo concetto da una legge determinata, o se piuttosto si riferisce direttamente ad una certa categoria di sentenze, prescindendo dalle disposizioni particolari delle varie leggi. Ed io credo, infatti, che la convenzione non abbia inteso di tener conto delle possibili diverse determinazioni del concetto della contumacia nelle singole legislazioni, ed abbia invece adoperato quella espressione in un senso generale, non tecnico, per designare tutte e soltanto le sentenze che vengono pronunciate in seguito ad un giudizio, in cui mancò assolutamente la comparsa del convenuto (2). Questo, infatti, è il solo caso in cui il concetto di quella disposizione, chiarito esattamente dalla relazione del Renault, trova un'applicazione logica e naturale: non vi sarebbe alcun motivo di subordinare il riconoscimento della sentenza alla condizione ivi stabilita, se il convenuto si fosse reso contumace dopo aver dimostrato col fatto di essere a conoscenza del giudizio. Il carattere contumaciale della sentenza nel diritto interno ha effetti suoi propri, ben diversi da quelli di cui poteva unicamente preoccuparsi la convenzione: potrà darsi che questi effetti si ripercuotano indirettamente sul nostro argomento, se, per esempio, il carattere contumaciale della sentenza apre la via a mezzi d'impugnativa, che escludono o sospendono il passaggio in giudicato, il quale è, come vedemmo, un presupposto necessario del riconoscimento della sentenza straniera; ma sarebbe illogico riferirsi a queste determinazioni per farne dipendere l'applicabilità di una regola, che si preoccupa soltanto della possibilità che il convenuto non sia stato informato del giudizio promosso contro di lui. Il concetto della disposizione, insomma, è secondo me quel medesimo che trovasi espresso in modo assai più esatto nel n.° 2 del § 328 del cod. di proc. civ. germanico, che vieta il riconoscimento della sentenza straniera « wenn der unterlegene Beklagte ein Deutscher ist und *sich auf den Prozess nicht eingelassen hat*, sofern die den Prozess einleitende Ladung oder

---

(1) Per un esame dell'istituto nel diritto comparato vedasi Kohler, *Prozessrechtliche Forschungen*, cit., pag. 1 e segg., ed ora in maniera assai larga, ma non sempre abbastanza penetrante, il Rispoli, *La contumacia in procedura civile*, nella *Rivista di legislazione comparata* del 1905, e nell'*Archivio giuridico « Filippo Serafini »* vol. VIII (3ª Serie), pag. 431-491, e vol. IX, pag 63-93.

(2) Rimangono quindi escluse, ad esempio, le sentenze francesi contumaciali *faute de conclure* (su ciò Carrè-Chauveau, *op. cit.*, vol. II, lib. 2°, tit. 8°, prelimin., e Garsonnet, *op. cit.*, vol. V, § 992), e le sentenze germaniche considerate contumaciali in ordine al § 333 del cod. di proc. civ., secondo cui « als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint aber nicht verhandelt » (su ciò Gaupp-Stein, sul § 333, vol. I, pag: 814 e segg., e Schmidt, *Lehrbuch*, § 89, III, pag. 558 e segg.).

Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozessgerichts im Person noch durch Gewährung deutscher Rechtshilfe zugestellt ist ». Non il carattere contumaciale del giudizio, ma il fatto che il convenuto non è comparso determina la necessità di esigere certe guarentigie nella regolarità della citazione: dottrina e giurisprudenza concordi ritengono infatti che il n.° 2 del § 328 (e corrispondentemente il n.° 4 del § 661 del cod. anteriore) non si riferisce ad un giudizio contumaciale nel senso tecnico della parola (1). E non altrimenti nel caso nostro: sentenza contumaciale nel senso della convenzione è dunque ogni sentenza pronunziata in seguito ad un giudizio, nel quale il convenuto non si è affatto presentato, o si è presentato quando la sua comparsa non poteva più avere l'efficacia di farlo partecipare al contradittorio.

30. In tal caso, adunque, il giudice italiano deve accertare che il convenuto fu citato *in conformità delle disposizioni speciali richieste dalla sua legge nazionale per il riconoscimento delle sentenze straniere.* Ma quali sono le disposizioni della legge nazionale, di cui si deve constatare l'osservanza? Io credo che la clausola si riferisca unicamente a quelle disposizioni della legge nazionale del convenuto, che prescrivono determinate forme di citazione a comparire dinanzi ai tribunali stranieri, facendone dipendere il riconoscimento della sentenza, che sarà pronunziata in quel dato giudizio: essa, quindi, non riguarda le disposizioni della legge nazionale, che non determinano *direttamente* la forma o il modo di citazione, ma si limitano a richiedere che la citazione sia regolare, e rinviano, espressamente o tacitamente, alla legge vigente nel luogo del giudizio.

Varie ragioni confortano questa interpretazione. Anzitutto la lettera stessa della clausola, in quanto parla di disposizioni *speciali*; frase che mal si addirebbe alla regola *generale*, che richiede la regolarità della citazione. Poi, ed in particolare, gli stessi concetti fondamentali su cui riposa il sistema della convenzione in materia di riconoscimento delle sentenze straniere. Esclusa ogni indagine sulla regolarità formale del giudizio, non vi sarebbe stato motivo di ammetterla per quanto riguarda la regolarità della citazione, sia pure in caso di sentenza contumaciale. La convenzione parte molto giustamente dal concetto che è assurdo che il giudice di uno Stato esamini se il giudice di un altro Stato ha inteso ed applicato bene la *propria* legge processuale. La garanzia vera e maggiore di una corretta osservanza delle norme processuali vigenti in uno Stato, per necessità di cose sta nell'opera del giudice di questo Stato, non nella revisione che ne faccia un

(1) Confr. Wach, *op cit.*, vol. I, pag. 233, nota 42; Gaupp-Stein, sul § 328, IV, 6 (vol I, pag. 794); Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 289; Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 247; Kleinfeller, *Lehrbuch*, pag. 239; ecc.: Trib. dell'impero 21 aprile 1891, Böhm's *Zeitschrift*, vol. III, 1893, pag. 635. In applicazione di questo generale principio si è ritenuto che ad escludere l'applicabilità del § 328 n. 2 (§ 661 n. 4 del cod. anteriore) basta qualsiasi atto processuale del convenuto dinanzi al giudice straniero, sia nel procedimento scritto, sia in quello orale, senza che occorra, in particolare, una replica del convenuto alla domanda principale dell'attore: confr. Gaupp-Stein, *loc. cit.*, n. 2. Contro però: Fuld, *Ausländische Urteile und die deutsche Civilprozessordnung*, Böhm's *Zeitsch.*, vol. VIII, 1898, pag. 373.

magistrato straniero. Ma le leggi processuali sono spesso difettose, sì che la loro osservanza, per quanto si voglia ritenere corretta e rigorosa, non basta a garantire agli altri Stati una tutela efficace degl' interessi, che si collegano col giudizio. A questi pericoli, ed in particolare alle imperfezioni che si riscontrano in varie leggi circa il modo di citare le persone che si trovano nello Stato o all' estero, si cerca di ovviare con disposizioni, che subordinano il riconoscimento della sentenza straniera all' uso di determinati modi di citazione; per esempio, la citazione in persona propria, o la citazione notificata per mezzo dell' autorità competente in seguito a rogatoria, e via dicendo. La clausola dell' art. 7 si preoccupa appunto di questi difetti dei sistemi di citazione; e si riferisce quindi unicamente a quelle disposizioni della legge nazionale del convenuto, che richiedono che questi sia citato in una data forma, qualunque poi sieno le regole vigenti nello Stato che ha pronunziato la sentenza. Il principio che esclude ogni indagine sulla regolarità del giudizio straniero è così pienamente rispettato. Ed infatti la conferenza era partita dal proposito di formulare una norma che stabilisse senz' altro il *modo di citazione* voluto: fu la difficoltà di adottare un modo accettabile da tutti gli Stati, che indusse ad abbandonare questo proposito, rimettendosi alle singole legislazioni; ciò vuol dire che ci si riferisce a queste leggi per determinare il modo di citazione, non per un ulteriore rinvio alla legge del giudice che ha pronunziato la sentenza. Se la legge nazionale del convenuto non richiede determinate forme di citazione, manca la norma di cui si deve constatare l' osservanza.

Ho già citato il § 328 n.° 2 del cod. di proc. civ. germanico, che anche la relazione del Renault (e ciò conferma e chiarisce l' interpretazione qui sostenuta) adduce come esempio delle disposizioni a cui si riferisce il principio del quale parliamo. In forza di questa disposizione, una sentenza pronunciata contro un suddito tedesco, che non siasi presentato in giudizio, non potrà essere riconosciuta in Italia se il convenuto non fu citato in persona propria nel paese dove ebbe luogo il giudizio, o altrimenti mediante l' opera delle autorità germaniche.

Si può ricordare anche il § 80 n.° 2 del regolamento di esecuzione austriaco, il quale richiede che la citazione sia stata notificata in persona propria del convenuto nello Stato dove ebbe luogo il giudizio, oppure, se fu notificata in Austria o in un terzo Stato, a mezzo delle autorità competenti (*mittels Gewährung der Rechtshilfe*) (1). In questi casi il carattere della disposizione non lascia luogo a dubbio di sorta: si prescrivono certi modi di citazione, e se n' impone l' osservanza, come condizione necessaria per l' efficacia della sentenza straniera.

Ma altre volte può esser dubbio se una disposizione sia o no concepita in modo da rientrare fra quelle contemplate dalla clausola di cui parliamo. Un esempio caratteristico ci è offerto dall' art. 947 del nostro codice di procedura civile. Com' è noto, due interpretazioni si contendono il favore della dottrina e della giurisprudenza. Secondo alcuni, l' art. 947 costituirebbe una norma obbligatoria per ogni notificazione di citazioni a com-

(1) Confr. Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, parte 1ª, Vienna 1903, pag. 250; Canstein, *op. cit.*, pag. 332; Walker, *Streitfragen*, pag. 197 e seg.

parire dinanzi a tribunali stranieri da farsi in Italia, di guisa che il convenuto non comparso potrebbe sempre opporne l'inosservanza nel giudizio di delibazione (1). Secondo altri, invece, l'art. 947 regolerebbe il modo di procedere alle notificazioni di atti provenienti dall'estero per ministero di un ufficiale giudiziario, ma non escluderebbe in alcun modo la possibilità di fare le notificazioni nelle forme ammesse dalla legge straniera, di guisa che l'inosservanza di quella disposizione non impedirebbe che fosse dichiarata esecutoria in Italia la sentenza straniera, se la citazione fu notificata nel regno nei modi ammessi dalla legge dello Stato dove si svolse il giudizio (2). È evidente che, muovendo dall'una o dall'altra interpretazione, si deve arrivare, nel caso nostro, a conclusioni del tutto diverse. Chi considera l'art. 947 come una disposizione la cui osservanza è imprescindibilmente richiesta per il riconoscimento delle sentenze straniere, ogni qual volta la citazione dev' esser notificata in Italia, ne desumerà logicamente che rientra fra le disposizioni contemplate dall'art. 7 della convenzione; risultato inammissibile per chi accetta l'interpretazione contraria, perchè in tal caso l'art. 947 non costituisce una disposizione speciale richiesta per il riconoscimento delle sentenze straniere in Italia (3).

---

(1) Mattirolo, *Trattato*, vol. VI, n. 1332; Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, Pisa 1875, pag. 161; *Disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione della legge*, vol. I, Napoli 1886, pag. 549; ed ora Mortara, *Commentario*, vol. V, n. 40, che ricollega quest' interpretazione dell'art. 947 ad un modo suo proprio d' intendere i nn. 2 e 3 dell'art. 941: Appello Catania, 22 marzo 1879 (*Foro it.*, 1879, I, 714); Appello Venezia, 28 ottobre 1886 (*Temi veneta*, 1886, 565); Appello Milano, 4 aprile 1887 (*Mon. trib.*, 1887, 397) e 15 febbraio 1888 (*ibid.* 1888, 518); Appello Venezia, 22 gennaio 1889 (*Temi ven.*, 1889, 333); Appello Torino 12 luglio 1890 (*Giur Tor.*, 1890, 709); Appello Casale, 23 febbraio 1891 (*Foro it*, 1891, *Rep.*, v. « Delibazione » n. 9); Cassazione Firenze 11 aprile 1901, *Giur. it.*, 1901, I, 1, 698); Appello Torino, 2 aprile 1907 (*Riv. di dir. internaz.*, vol II, 1907, pag. 362); Cassazione Torino, 18 luglio 1908 (*Giur. it.*, 1908, I, 1, 980).

(2) Appello Torino 19 marzo 1886 (*Giur. it.*, 1886, II, 328); Appello Milano, 21 novembre 1888 (*Mon. trib*, 1888, 1015); Appello Cagliari, 29 gennaio 1889 (*Giur. it.*, 1889, II, 462); Appello Lucca, 11 aprile 1889 (*ibid.*, 1890, II, 63); Appello Roma, 7 marzo 1895 (*Foro it.*, 1896, *Rep.*, v. « Delibazione » n. 9-17); Appello Palermo, 18 luglio 1902 (*Circolo Giuridico*, 1902, 291); Appello Casale 28 febbraio 1907 (*Riv. di dir. intern.*, vol. II, 1907, pag. 364); Cassazione Torino 28 marzo 1908 (*Giur. it.*, 1908. I, 1, 650). Prescindo dalle sentenze che si contentano di affermare che la comparsa del convenuto sana in ogni caso i vizi della citazione, perchè questo concetto è, a rigor di termini, conciliabile con ambedue le interpretazioni dell'art. 947.

(3) La questione, che non poteva essere qui trattata senza cadere in una vera e propria digressione, presenta, nel caso nostro, un' importanza pratica assai limitata per chi, come me, parte dal concetto che la giurisdizione italiana; nelle materie regolate dalla convenzione, ha carattere *esclusivo*. La sola ipotesi in cui può presentarsi ai tribunali italiani è quella di un cittadino chiamato in giudizio dall'altro coniuge di diversa nazionalità dinanzi ai tribunali dello Stato a cui appartennero insieme per ultimo. Questo, infatti, è il solo caso in cui l'Italia è tenuta a riconoscere la competenza giurisdizionale di uno Stato straniero su cittadini italiani (art. 8 della convenzione): in ogni altro caso la cittadinanza italiana esclude la competenza giurisdizionale straniera, e quindi toglie al giudice di procedere all'indagine sulla regolarità della citazione. Tutt'altro nella teoria, la quale ritiene che il nostro diritto positivo non escluda la giurisdizione straniera del domicilio: la questione avrebbe allora una importanza pratica notevolissima, e si sentirebbe davvero vivo il bisogno di una norma, che potesse proteggere i nostri cittadini contro il pericolo di sentenze pronunziate *inaudita parte*.

Ma altro è riconoscere questo bisogno, altro ammettere che l'art 947 abbia lo scopo di provve-

31. Messa da parte l' idea di stabilire una norma di diritto uniforme, che determinasse direttamente il modo di citazione, e accolta invece quella di ricorrere anche qui ad una norma di competenza legislativa, è naturale che il criterio di collegamento adottato sia stata la cittadinanza del convenuto: si tratta infatti di una misura di protezione, ed è logico lasciare ai singoli Stati la cura di tutelare i propri sudditi nel modo che reputano

---

dervi, sia pure in modo limitato e imperfetto. Nonostante la critica acuta e penetrante del Mortara (*Commentario*, vol. V, n. 40, in nota, pag. 57 e segg.) alle idee da me espresse in proposito (*Rivista di diritto internazionale*, vol. II, 1907, pag. 356 e segg.), persisto a credere che il detto articolo non abbia altra ragione e significato che quello di determinare il modo onde l'attività dell' ufficiale giudiziario *italiano* può essere adibita per la notificazione di atti *stranieri*. L' art. 947 pone un principio che, nel campo suo proprio, corrisponde esattamente a quelli dell'art. 941 per le sentenze, dell'art. 943 per le misure cautelari, dell' art. 944 per gli atti autentici, dell'art. 945 per i provvedimenti d' istruzione: tutte queste disposizioni riposano sopra un medesimo concetto fondamentale, e cioè che qualsiasi atto giuridico, per provocare o determinare in qualsiasi modo l'attività degli organi di Stato italiani, deve prima essere *riconosciuto* dall'autorità competente, la quale accerta che esistono le condizioni volute per il riconoscimento e lo pronunzia. Conforme: Chiovenda, *Principi*, pag. 257. La permissione del Pubblico Ministero, richiesta dall'art. 947, ha quindi carattere sostanziale e formale; *sostanziale*, in quanto accerta che nulla si oppone alla notificazione dell'atto, *formale* in quanto autorizza a compierla. Sussiste, dunque, la corrispondenza da me notata con l'art 2 della convenzione dell'Aia, 14 novembre 1896.

Così inteso, l'art. 947 ha una ragione d' essere sua propria, indipendente dall' applicazione che può ricevere nel giudizio di delibazione. Recentemente però il Mortara è arrivato ad affermare un rapporto immediato e diretto fra l'art. 947 ed il n. 2 dell' art. 941, muovendo da un' interpretazione di quest' ultimo che si allontana assai da quella accolta finora, senza quasi discutere, nella dottrina e nella giurisprudenza. Oltre che per la grande autorità dello scrittore, il tentativo merita di essere qui preso in considerazione perchè, se fosse accettabile, darebbe veramente all' art. 947 il carattere di una disposizione richiesta per l' esecuzione delle sentenze straniere, analoga a quelle che abbiamo visto ammesse nelle legislazioni germanica ed austriaca.

Secondo il Mortara, *loc. cit.*, nn. 39-40, il n. 2 dell' art. 941 non vuol dire che il giudice italiano debba esaminare la regolarità della citazione in base alla legge straniera; ciò che sarebbe inutile e assurdo: vuol dire invece, in primo luogo, che non si possono rendere esecutive sentenze pronunziate senza la citazione del convenuto; poi, che devon essere state osservate le leggi italiane relative all'argomento; e fra queste, primo, l' art. 947, il quale avrebbe così nel giudizio di delibazione la sua ragion d' essere e la sua efficacia. Che da un punto di vista razionale non vi sia alcun motivo di imporre al giudice che esamini la regolarità della citazione secondo la legge straniera, si può facilmente ammettere; ma qui si tratta d'interpretare la legge, e questa non si adatta in alcun modo al concetto espresso dal Mortara. L'indagine prescritta dal n. 2 dell' art. 941 deve necessariamente avere per base una legge determinata; non si può dire che vi fu o non vi fu una citazione regolare, se non mettendo in rapporto l' atto di cui si tratta con le norme del diritto obiettivo. La questione può cadere soltanto sui limiti dell' indagine e sulla legge applicabile. Questi due elementi sono fra loro indissolubilmente connessi: che la regolarità della citazione, come atto processuale straniero, possa venir apprezzata secondo la legge italiana è, in termini generale, certamente inammissibile; ma si può benissimo concepire un' indagine, che, lasciando da parte la regolarità della citazione come atto processuale straniero, si proponga soltanto di accertare che presenta alcuni caratteri stabiliti dalla nostra legge. Ricorre qui un perfetto parallelismo con l' indagine sulla competenza: sarebbe assurdo determinare complessivamente la competenza del giudice di uno Stato applicando la legge di un altro Stato; ma è possibile e logica l' applicazione di questa legge, quando si vuole soltanto accertare che il giudice straniero non ha esercitato un potere giurisdizionale, che noi consideriamo esclusivamente proprio di un altro Stato. Tale è appunto il sistema delle legislazioni germanica ed austriaca; tale altresì, se non erro, il

migliore contro i difetti ed i pericoli dei sistemi di citazione vigenti in alcuni paesi. Per determinare la legge applicabile, ci si deve riferire alla cittadinanza del convenuto *nel momento in cui gli viene notificato l' atto introduttivo del giudizio.* Per la natura stessa di questo atto, che si esaurisce con la notificazione, e per lo scopo che si vuol raggiungere, di conciliare nel miglior modo possibile l' interesse dell' attore ad istituire un giudizio

---

concetto con cui il Mortara vorrebbe interpretare il nostro diritto. Ma in Germania e in Austria la legge non parla di regolarità della citazione, e determina invece i caratteri che deve avere perchè sia possibile il riconoscimento o l' esecuzione della sentenza straniera. Tutt' al contrario da noi: la legge richiede una citazione regolare, ma non determina in alcun modo quando possa dirsi tale nei riguardi del giudizio di delibazione. Sono due sistemi diversi; ed è naturale che applicando i concetti propri del primo all' interpretazione della nostra legge si arrivi a conseguenze addirittura inammissibili. E infatti: quali saranno, nel diritto nostro, i requisiti che dovrà presentare la citazione straniera? con quali criteri si ammetteranno come regolari alcune forme e se ne escluderanno altre? Io non vedo la possibilità di una risposta che non possa dirsi arbitraria; perchè qualunque risposta non trova e non può trovare nella legge fondamento di sorta. Ho già detto che l'art. 947 risponde, secondo me, ad un altro concetto e non si può, senza forzarne l' interpretazione, coordinarlo a quest' argomento; ma in ogni modo è impossibile ammettere che l'indagine prescritta dall' art. 941 n. 2 abbia per obietto unico o principale di accertare l' osservanza dell' art. 947: se si trattasse di citazione notificata all'estero ciò porterebbe a prescindere da ogni ricerca sulla di lei regolarità; e non sarebbe questa una patente violazione dell' art. 941 n. 2? Se non erro, le conseguenze dimostrano l' inammissibilità della premessa; ed è naturale, dal momento che la premessa è estranea al sistema della nostra legge.

Il significato dell' art. 941 n. 2 non può dunque essere quello voluto dal Mortara. Per comprenderlo esattamente bisogna partire da un altro ordine di considerazioni. I nn. 2 e 3 dell' art. 941 enunciano, nel loro complesso, le condizioni alle quali il legislatore italiano subordina la sua fiducia nell' amministrazione della giustizia nei paesi stranieri. Queste condizioni si riassumono, in sostanza, in ciò che la legge straniera esiga la costituzione di un regolare rapporto processuale, come premessa necessaria del provvedimento del giudice; ma il rapporto processuale si ha per regolarmente costituito quando sieno state osservate le norme della legge straniera relative alla citazione delle parti, alla loro rappresentanza in giudizio o alla dichiarazione di contumacia. Una legge che richiede queste condizioni, come premessa della regolare emanazione di una sentenza, offre, secondo il legislatore italiano, le guarentigie minime necessarie di una retta amministrazione della giustizia, e permette di assumere la pronunzia del giudice straniero a base di un atto giurisdizionale italiano. È vero che il magistrato di delibazione non si limita ad accertare che la legge straniera esige la citazione delle parti, la loro rappresentanza in giudizio ecc., ma deve constatare che queste condizioni furono attuate *nel caso concreto e conformemente alla legge stessa* (Confr. Chiovenda, *Principi*, pag. 785). Non è difficile, per altro, rendersene ragione. Da un lato, infatti. quello che interessa alla sovranità italiana è che le condizioni indispensabili di una retta amministrazione della giustizia fossero richieste appunto nel caso concreto; ed il giudice di delibazione lo accerta constatando che furono osservate. D' altro lato, è certo che la citazione, la rappresentanza giudiziale, la dichiarazione di contumacia, in tanto esistono, giuridicamente parlando, in quanto corrispondono alla legge; voglio dire, che l' accertamento dell' *esistenza* di queste condizioni non si può disgiungere da un esame della loro *legalità:* spetta poi al prudente arbitrio del giudice contenere questo esame in limiti corrispondenti al fine che si è proposto il legislatore prescrivendolo.

Il nostro giudizio di delibazione viene così a constare di tre indagini nettamente distinte fra loro I°) Un indagine diretta a salvaguardare la competenza giurisdizionale esclusiva dei vari Stati, così come il nostro legislatore, in mancanza di norme giuridiche internazionali, la intende e la limita (art. 941, n. 1). -- 2°) Un'indagine diretta ad accertare che il processo straniero presenta le condizioni, per le quali il nostro legislatore ritiene di potere aver fiducia nell' amministrazione della giustizia degli altri Stati (nn. 2 e 3). — 3°) Infine, un' indagine diretta a salvaguardare l'ordine pubblico

capace di spiegare dovunque i suoi effetti con l'interesse del convenuto ad essere messo in grado di parteciparvi, è evidente che non si può tener conto della cittadinanza in qualsiasi altro momento del giudizio, ed in specie in quello in cui viene emanata la sentenza straniera o instaurato in Italia il giudizio di delibazione (1). Meno che mai si potrebbe tener conto di una cittadinanza che il convenuto ebbe in un momento anteriore alla citazione; per esempio della cittadinanza della moglie prima del matrimonio (2). S'intende che la citazione di cui parla l'art. 7 è, in generale, l'atto introduttivo del giudizio, secondo la legge dello Stato dove questo viene istituito: nulla monta che la citazione avvenga su richiesta diretta della parte o per disposizione del giudice.

---

e il diritto pubblico interno del regno (n. 4). Il sistema può certamente sembrare criticabile, almeno per quanto riguarda la seconda indagine; ma altro è criticarlo, altro sostituirne uno diverso, e sia pure migliore.

Fermo stante il principio che l'indagine sulla regolarità della citazione ha per base la legge straniera, si può tuttavia domandare se l'art. 947 non ponga una norma rigorosamente obbligatoria ogniqualvolta la citazione dev'essere notificata in Italia. Ma dopo ciò che ho detto intorno al significato di quest'articolo e al n. 2 dell'art 941, credo di potere senz'altro rispondere: sì, se la notificazione deve avvenire, o si vuole che avvenga, per mezzo di un'ufficiale giudiziario, perchè l'attività di un organo di Stato non può validamente esplicarsi in ordine ad un atto straniero, se questo non sia prima riconosciuto a termini di legge; no, negli altri casi, perchè l'art. 947 non riguarda la regolarità della citazione come tale, e non limita l'efficacia della legge straniera, applicabile in forza dell'art. 941, numero 2.

(1) Concordi la dottrina e la giurisprudenza germaniche nell'applicazione del § 328 n. 2 Confr. Gaupp-Stein, sul § 328, n.° IV, 1; Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 134; Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 247; Trib. dell'impero, 30 giugno 1886, *Entscheid.*, vol. XVI, pag. 427 e segg. Contro, tuttavia, Francke, *Die Entscheidungen ausländischer Gerichte über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*, nella *Zeitsch. f. deutschen Civilprocess*, vol. VIII, 1885, pag. 39, il quale, senza sufficiente motivazione, vuol riferirsi al momento in cui viene pronunziata la sentenza straniera e a quello in cui se ne chiede l'esecuzione nello Stato.

(2) L'osservazione potrebbe sembrare superflua, se la tesi contraria non fosse stata recentemente sostenuta dal Pubblico Ministero, avv. I. Regazzoni, nella causa G. contro G., avanti la Corte di appello di Casale, che la respinse (Sentenza 26 febbraio 1907, cit. Conforme: Cassazione Torino, 28 marzo 1908, *Giur. it.*, 1908, I, 1, 650). Le conclusioni del P. M. in questa causa sono pubblicate in opuscolo separato, col titolo *Matrimoni infausti e cause disgraziate* (Casale 1907). Le ragioni addotte si riducono, in sostanza, ad una sola; che siccome la donna, secondo le leggi di tutti gli Stati contraenti, segue di regola la cittadinanza del marito, la norma dell'art. 7 non avrebbe quasi pratico significato se non si tenesse conto della cittadinanza che aveva prima del matrimonio. Ma è fin troppo facile rispondere che il principio non si riferisce soltanto al caso in cui le parti abbiano diversa cittadinanza e sia convenuta la moglie: in ogni modo poi, la limitata applicabilità di una norma non autorizza ad interpretarla in modo contrario al suo significato letterale e logico.

CAPO OTTAVO

Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio e la questione dell'ordine pubblico.

32. È fuor di dubbio che la legge 7 settembre 1905 ha eliminato e reso impossibile la questione se il n. 4 dell'art. 941 impedisca il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio. La conclusione, però, può esser giustificata da due punti di vista distinti, che, muovendo da una diversa interpretazione del principio sanzionato nel n. 4 dell'art. 941, metton capo ad un diverso rapporto fra il cod. di proc. civ. e la legge 7 settembre 1905.

Se riteniamo, come già avevan fatto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti (1), che il nostro ordine pubblico non è offeso dal riconoscimento di una sentenza di divorzio legalmente pronunziata all'estero, dobbiamo ammettere che, per questo riguardo, la legge del 1905 non aveva bisogno di modificare e non ha modificato il diritto vigente: soltanto, quel principio che vigeva allora come libera manifestazione di volontà dello Stato, ed era

---

(1) Confr.: Fiore, *Diritto internazionale privato*, 3° ed., vol. II, Torino 1889, n.° 696; Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, Torino 1884, vol. I, p. 2ª, n. 216 e p. 3ª, n. 168; Mattirolo, *op. cit.*, vol. VI, n. 1279 e seg; Gabba, nel *Foro italiano*, 1885, I, 179 e 1901, I, 1179, nella *Giurisprudenza italiana*, 1898, I, 2, 495; Filomusi Guelfi, nel *Foro it.*, 1884, I, 374, 592; Bolaffio, nella *Temi veneta*, 1884, 464; ecc. Appello Roma 22 novembre 1884, *Foro it.*, 1885, I, 178; Milano, 29 novembre 1887. *ibid.*, 1888, I, 181; Venezia, 28 giugno 1888, *Temi veneta*, 1888, 364; Milano, 13 ottobre 1891, *Foro it.*, 1892, I, 652; Venezia, 17 marzo 1892, *Temi veneta*, 1892, 241; Torino, 9 decembre 1893, *Giur. it.*, 1894, I, 2, 76, e 16 agosto 1895, *Giur. Tor.*, 1895, 725; Modena, 12 aprile 1898., *Giur. it.*, 1898, I, 2, 494; Brescia, 25 aprile 1898, *Foro it.*, 1898, I, 698; Napoli, 16 giugno 1898, *Tribuna giudiziaria*, 1898, 386; Milano, 14 settembre 1898, *Monitore dei tribunali*, 1898 596, e 6 decembre stesso anno, *Foro it.*, 1899, I, 239; Venezia 29 agosto 1899, *Temi*, 1899, 518; Brescia, 30 ottobre 1899, *Corte bresciana*, 1899, 248; Milano, 11 aprile 1899, *Mon. trib.*, 1899, 724; Firenze, 26 luglio 1900, *Annali della giur. it.*, 1900, III, 449; Palermo, 15 settembre 1900, *Legge*, 1901, I, 230; Venezia, 4 ottobre 1900, *Foro it.*, 1901, I, 1181; 30 luglio 1901, *Temi*, 1901, 803, e 21 febbraio 1902, *ibid.*, 1902, 207; Cassazione Firenze, 6 decembre 1902, *Rivista di Giurisprudenza toscana*, I, 1; Appello Venezia 9 marzo 1905, *Temi*, 1905, 845; Firenze, 14 novembre 1905, *Foro it.*, 1906, I, 176. Si possono qui ricordare *a fortiori* le sentenze che ritennero di poter pronunziare il divorzio fra stranieri, in conformità della loro legge nazionale: Appello Ancona, 22 marzo 1884, *Foro it.*, 1884, I, 574; Trib. Genova, 7 giugno 1894, *Legge*, 1894, II, 231; Milano, 2 giugno 1897, *Mon. trib.*, 1897, 514, e 30 giugno 1898, *Giur. it.*, 1898, I, 2, 765; Appello Milano, 24 novembre 1898, *Mon. trib.*, 1899, 64. Ma questa opinione aveva incontrato nella dottrina critiche quasi unanimi; e proprio da parte di quelli stessi scrittori che sostenevano invece la possibilità di riconoscere le sentenze straniere di divorzio: si può dire, anzi, che la distinzione fra pronunzia del divorzio (vietata dall'art. 12 disp prelim. al cod. civ.) e riconoscimento del divorzio pronunziato all'estero (possibile nonostante il n.° 4 dell'art. 941 cod. proc. civ.) costituisse la base del principio che era prevalso in Italia, antecedentemente alla convenzione dell'Aia.

quindi *internazionalmente irrilevante*, sarebbe divenuto, in seguito alla convenzione e nei limiti in cui questa è applicabile, *internazionalmente obbligatorio*.

Se invece partiamo dal concetto che il n. 4 dell'art. 941 esclude il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio (1), arriviamo alla non dubbia conseguenza che la legge 7 settembre 1905 ha derogato anche in questo, ed anzi sopratutto in questo, al codice di procedura civile. Tutto ciò è semplice e chiaro; e la certezza della conclusione dispensa, qualunque sia il punto di vista da cui si parte, dal riprendere in esame una controversia, che avrebbe ormai, nei riguardi del nostro studio, un valore meramente teorico. Ma da altri punti di vista il rapporto fra la legge 7 settembre 1905 ed il n. 4 dell'art. 941 solleva delle questioni, che richiedono più attenta considerazione.

Parlando delle possibili obiezioni alla tesi fondamentale sostenuta in queste pagine, vale a dire che dalla legge 7 settembre 1905 non deriva la necessità di accertare che furono osservate le clausole della convenzione, ne accennai, riserbandone l'esame, una, che potrebbe desumersi appunto dal n. 4 dell'art. 941.

Si può domandare, dissi allora, se non è precisamente la corrispondenza alle clausole della convenzione che rende possibile il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio, nonostante che quest'istituto sia vietato in Italia, e certamente per ragioni d'ordine pubblico. Alcuni scrittori e qualche sentenza hanno infatti accennato genericamente il concetto che l'esame sull'osservanza delle clausole della convenzione sostituisca, nel caso nostro, l'indagine prescritta, per tutte, in genere, le sentenze straniere, dal n. 4 dell'articolo 941 (2).

Considerato attentamente, questo concetto può assumere un duplice distinto significato.

---

(1) Confr.: Fusinato, *Questioni di diritto internazionale privato*, Torino 1884, pag. 34 seg., e nella *Temi veneta*, 1892, 241; Buzzati, nel *Foro italiano*, 1901, I, 227; La Loggia, *op. cit.*, n. 262. Appello Modena, 29 aprile 1892, *Giur. it.*, 1892, I, 2. 367; Firenze, 13 maggio 1902, *Annali della giur. it.*, 1902, III, 295. Possono qui ricordarsi le decisioni che hanno ammesso l'esecutorietà delle sentenze straniere di divorzio ai soli effetti patrimoniali; così quelle della Cassazione di Roma, 4 aprile 1891, *Foro it.*, 1891, I. 1242; della Cassazione di Torino, 23 marzo 1893, *Giur. it.*, 1893, I, 1, 526; dell'Appello di Venezia 17 Settembre 1894, *Temi veneta*, 1894, 621. Particolarmente notevole per le discussioni che sollevò è la sentenza della Cass. di Torino 14-21 novembre 1900 (pubblicata in tutte le principali raccolte) che, accogliendo il ricorso del P. M. (edito a parte col titolo « *Il regime matrimoniale italiano e il divorzio* » Torino 1900), il quale impugnava, nell'interesse della legge, quattro sentenze insieme, stabilì che i tribunali italiani non possono pronunziare il divorzio fra coniugi stranieri domiciliati nel regno, specialmente se il loro matrimonio sia stato celebrato in Italia (contro App. Milano 24 novembre 1898), nè rendere esecutorie le sentenze straniere di divorzio fra coniugi che celebrarono il matrimonio in Italia, quando erano cittadini italiani, e che successivamente acquistarono la cittadinanza estera (contro App Milano 6 decembre 1898, Modena 12 aprile, Brescia 25 aprile stesso anno). Riunendo così insieme posizioni diverse di fatto e di diritto, la Cassazione di Torino venne a negare, in sostanza, ogni distinzione fra la pronunzia del divorzio in Italia ed il riconoscimento delle sentenze straniere che lo pronunziano; distinzione che costituiva, come si è detto, il caposaldo della prevalente dottrina favorevole all'efficacia delle sentenze straniere di divorzio. La distinzione fu di nuovo esplicitamente affermata dalla Cass. di Firenze nella sentenza, citata, 6 decembre 1902.

(2) Caporali, nello studio citato; App. Casale, 26 febbraio 1907, *cit.*; App. Torino, 9 marzo 1908, *Giur. it.*, 1908, I, 2, 450.

Può voler dire, in primo luogo, che il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in tanto è compatibile col nostro ordine pubblico, in quanto si tratta di sentenze pronunziate conformemente alle clausole della convenzione: i limiti e le guarentigie onde questa ha circondato la possibilità di pronunziare il divorzio, costituirebbero, in altre parole, la salvaguardia del nostro ordine pubblico, sì che un divorzio pronunziato in quelle condizioni, e soltanto se quelle condizioni ricorrono, presenterebbe tali caratteri da poterne ammettere anche in Italia il riconoscimento. Può voler dire, in secondo luogo, che la legge 7 settembre 1905 ha introdotto un' eccezione alla regola risultante dagli art. 941 n. 4 cod. proc. civ. e 12 disp. prel. cod. civ., la quale vieta il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio: l' eccezione, come tale e perchè tale, si deve contenere nei confini rigorosamente imposti dal motivo che l'ha determinata, ossia dalla necessità di adempiere il dovere assunto dall' Italia verso gli altri Stati firmatari della convenzione; e siccome il dovere sussiste soltanto per le sentenze che corrispondono alle clausole della convenzione, così il giudice deve accertare esattamente e sotto ogni aspetto questa condizione, perchè soltanto in tal caso si può ammettere che il legislatore abbia voluto derogare alle norme vigenti.

È superfluo dire che ambedue queste argomentazioni partono dal presupposto che il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio sia contrario al nostro ordine pubblico, e non hanno ragione d' essere nè fondamento alcuno se si ammette, con l' opinione prevalente, il principio contrario. Ma poichè, attesa l' indeterminata elasticità del concetto di ordine pubblico, quel presupposto ha trovato e può sempre trovare dei sostenitori, sarà opportuno esaminare brevemente il loro valore, per vedere se non è possibile escluderlo con ragioni più strettamente giuridiche, che non sia una particolare e sempre discutibile concezione dell' ordine pubblico.

33. Che un' indagine sull' osservanza delle clausole della convenzione da parte del giudice straniero non possa rappresentare un sostitutivo di quella voluta dal n. 4 dell'articolo 941 è senz' altro evidente se pensiamo che, nel nostro diritto, il rapporto della sentenza con l' ordine pubblico non dipende in alcun modo dalla legge applicata alla decisione della controversia. Il n. 4 dell'art. 941 va naturalmente inteso in relazione al sistema di cui fa parte; e quindi prescindendo completamente da qualsiasi indagine sul merito della sentenza straniera. La ricerca che prescrive riguarda le disposizioni della sentenza in relazione col diritto italiano; il fondamento giuridico delle disposizioni è poi indifferente. Questa interpretazione, mentre mette in armonia il principio coi caratteri fondamentali del nostro giudizio di delibazione, corrisponde esattamente, così alla lettera, come al concetto della disposizione: alla lettera, perchè la legge parla di *disposizioni contenute nella sentenza*, e quindi limita chiaramente l' indagine a quella parte della sentenza stessa, di cui si domanda il riconoscimento o l' esecuzione nel regno; allo spirito, perchè le esigenze fondamentali del nostro ordine giuridico sono salvaguardate, quando si è accertato che lo stato di diritto, che si vuole riconosciuto o attuato dai nostri magistrati e sotto l' egida delle leggi nostre, non è in contrasto con queste esigenze, quantunque eventual-

mente derivi da principî opposti a quelli che avrebbe dovuto applicare il giudice italiano (1). Ma se è questo il significato del n. 4 dell' art. 941, è manifestamente impossibile trarne un argomento per sostenere, nel caso nostro, la necessità di un' indagine sull' osservanza delle clausole della convenzione, perchè si tratterebbe di un' indagine senza alcun rapporto con quella che esso prescrive. Dall'art. 941 n. 4 potrà, in ipotesi, desumersi che è vietato il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio; non mai che il riconoscimento è permesso o vietato, secondo che la sentenza fu pronunziata applicando una od un' altra legge.

34. Neanche il preteso carattere eccezionale della norma che ha ordinato il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio potrebbe giustificare l' indagine sull' osservanza delle clausole della convenzione. L' eccezionalità del principio avrebbe infatti il significato di una deroga alla norma opposta vigente in Italia, introdotta per rendere possibile l' adempimento dell' obbligo assunto con la convenzione. Tutt' al più e, come dirò fra un momento, per mèra ipotesi, ciò potrebbe giustificare la conseguenza di non ritenere il

(1) Contrariamente, nel senso di una revisione assai più larga e complessa del merito della sentenza straniera dal punto di vista dei suoi rapporti con l' ordine giuridico interno, alcuni recenti scrittori tedeschi, come Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag 134 e segg, e Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 289 e seg., i quali ritengono che il n.° 4 del § 328 del loro cod di proc. civ. abbia aperto la via ed un vero e proprio esame sulla legalità della sentenza straniera; quest' ultimo, anzi, arriva a dire che, in realtà, il giudice tedesco è ormai vincolato soltanto ai risultati dell' esame dei *fatti di causa* compiuto dal magistrato straniero, in specie all' apprezzamento che egli ha dato del materiale probatorio. Confr., in senso assai più restrittivo e, a parer mio, più giusto: Gaupp-Stein, *op. cit.*, sul § 328 n. VI (vol. I, pag. 796 seg.); Kleinfeller, *Lehrbuch*, pag. 239; Weismann, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 247. Pur facendo ogni più ampia riserva sul valore di questa teoria anche di fronte al diritto germanico, osservo che la formula del n.° 4 del § 328, che vieta di riconoscere una sentenza straniera « *wenn die Anerkennung gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde* », è assai diversa e senza dubbio più lata di quella del n.° 4 del nostro art. 941. Quella interpretazione è poi favorita dalla circostanza che la formula attuale si è sostituita ad una assai più precisa e ristretta: il § 661 n.° 2 del cod. precedente vietava l' esecuzione delle sentenze estere « *wenn der Beklagte zur einer nach unserem Rechte nicht erzwingbaren Handlung verurteilt war* ». Questa formula, adatta per una norma che direttamente riguardava soltanto l' esecuzione forzata delle sentenze straniere, non poteva certo convenire al nuovo § 328, che si riferisce invece al riconoscimento; ed è naturale che siasi adottata la stessa formula dell' art. 30 della legge d' introduzione del codice civile, dato il rapporto che passa fra le due disposizioni, l' una relativa all' applicazione diretta, l' altra all' applicazione indiretta del diritto straniero. Se poi da questo possa correttamente desumersi, come fanno Hellwig e Schmidt, che la disposizione ha esonerato il giudice dal divieto di esaminare la legalità della sentenza (espressamente sancito nel § 723 del codice stesso), è un' altra questione; certo è però che il problema si pone in termini assai diversi di fronte ad una legge come la nostra, che limita esplicitamente l' indagine a vedere se la sentenza contenga *disposizioni contrarie all' ordine pubblico o al diritto pubblico interno*. E così, per venire all' applicazione che c' interessa, il riconoscimento di una sentenza straniera fondata sopra una legge diversa da quella che il giudice tedesco dovrebbe applicare, potrà anche considerarsi vietato dal n.° 4 del § 328 perchè urterebbe contro lo scopo delle norme interne di diritto internazionale privato; ma non si potrebbe dire vietato dal n.° 4 dell' art. 941, se non in quanto l' applicazione di quella legge avesse avuto per risultato delle *disposizioni* incompatibili con le esigenze fondamentali del nostro ordine giuridico.

principio applicabile fuori dei casi in cui l'Italia è obbligata dalla convenzione, ma non ne deriverebbe mai una modificazione della natura e dei caratteri del giudizio di delibazione, che, nel loro complesso e per il loro fondamento, hanno una ragione per sè stante e rispondono ad esigenze particolari, del tutto indipendenti da quelle che potessero avere inspirato la norma della quale parliamo. La determinazione dell' esistenza dell' obbligo di riconoscere il divorzio pronunziato all'estero è obietto di un'indagine preliminare, che il giudice fa in base ai criteri stabiliti dagli art. 9 e 10 della convenzione, secondo che vedemmo a suo tempo. Se da questa indagine risulta che il caso rientra nei limiti della convenzione, l'obbligo internazionale dell'Italia sussiste, ed è quindi senz'altro applicabile la legge 7 settembre 1905, e con essa la norma che ordina di riconoscere le sentenze straniere di divorzio, posto che concorrano le condizioni volute: ma quali poi sieno queste condizioni, e quindi quali indagini debba fare il giudice di delibazione, è una questione affatto diversa e dipendente da un altro ordine di criteri; il carattere eccezionale del principio è qui fuori di causa.

Tutto ciò, del resto, in via di semplice ipotesi, per concedere intera la premessa dell'argomentazione contraria. Ma, in realtà, io credo che, partendo dal concetto di una deroga al n. 4 dell'art. 941, introdotta con la legge 7 settembre 1905, si dovrebbe arrivare a ben altra conclusione. È assurdo ammettere che lo stesso fatto giuridico ora sia contrario all' ordine pubblico ed ora no. Qualunque siano le ragioni che hanno indotto il legislatore ad ammettere il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio, questo fatto, dal punto di vista del diritto interno, non può avere che un significato, e cioè che il riconoscimento non è incompatibile con le esigenze fondamentali del nostro ordine giuridico. Il concetto dell' ordine pubblico è relativo anche nel tempo, e si modifica col mutare della legislazione di un dato paese: nel caso nostro, l'emanazione della legge 7 settembre 1905 non potrebbe non avere per conseguenza una modificazione dei criteri con cui si determina il rapporto fra l'istituto del divorzio e l'ordine pubblico italiano; e ciò indipendentemente dall'applicabilità della legge stessa al caso concreto. La deroga introdotta da questa legge al principio contrario, che si suppone fosse prima in vigore, avrebbe dunque per logica conseguenza che la questione non potrebbe più farsi neanche in riguardo alle sentenze, che non entrano nell' ambito della convenzione.

La conclusione a cui arrivo è dunque che l'indagine prescritta dal n. 4 dell' art. 941 non trova applicazione o riscontro di sorta nel giudizio di delibazione regolato dalla legge 7 settembre 1905. Ed è naturale che sia così. Si tratta di una categoria ben determinata di sentenze, il cui rapporto con l' ordine giuridico italiano si mantiene necessariamente costante: quell' apprezzamento che la legge, non potendo prevedere e disciplinare l' indefinita varietá dei casi concreti, affida di regola al giudice, è stato fatto qui, una volta per tutte, dal legislatore, quando ha ritenuto di poter emanare le norme necessarie ad adempiere i doveri nascenti dalla convenzione. E siccome l' indagine sull' ordine pubblico non riguarda che il rapporto fra le disposizioni della sentenza ed il diritto italiano, così non vi sarebbe ragione nè materia ad un nuovo esame da parte del magistrato di delibazione. Il riconoscimento delle sentenze di divorzio a cui è applicabile la legge 7 settembre 1905 non può mai essere rifiutato in nome dell' ordine pubblico italiano.

35. Si collega con questo tema, sebbene in realtà i termini della questione sieno assai diversi, il riconoscimento dei cosiddetti *divorzi in frode alla legge.* L'ipotesi a cui ci si riferisce è quella di coniugi italiani (1) che acquistano la cittadinanza di uno Stato estero con lo scopo di ottenere il divorzio, ed ottenuto che l'hanno ne chiedono ai tribunali italiani il riconoscimento, ed eventualmente l'annotazione nei registri dello stato civile (2), onde contrarre nuovo matrimonio in Italia o all'estero. Questo procedimento

(1) Essenziale è soltanto la cittadinanza italiana dei coniugi, non il fatto che il matrimonio sia stato celebrato in Italia. Lo noto perchè in alcune sentenze, e specialmente in quella della Cassazione di Torino 14-21 novembre 1900, si è attribuito alla circostanza che il matrimonio era stato celebrato in Italia una considerazione che non meritava. Così per i principî di diritto internazionale privato vigenti in Italia, come per quelli adottati nelle convenzioni dell'Aia, l'influenza della legge del luogo di celebrazione del matrimonio si manifesta: *a*) nel regolare la forma della celebrazione (art. 9 disp. prelim., 100 cod. civ. it., 5 conv. Aia per regolare i conflitti di leggi in materia di matrimonio) — *b*) nell'impedire la celebrazione di matrimoni permessi dalla legge nazionale, o nel permettere quella di matrimoni vietati dalla legge nazionale (art. 12 disp. prelim., 102 capov. cod. civ., 2-3 conv. Aia). All'infuori di questi casi ben determinati, la legge del luogo di celebrazione non ha alcuna parte nella determinazione dei principî che regolano il matrimonio; in particolare essa è completamente estranea al regolamento dei rapporti che dal matrimonio derivano. Ed è naturale che sia così: il luogo di celebrazione può essere affatto casuale, ed è in ogni modo estraneo all'essenza del matrimonio: nessun rapporto lega i coniugi alla legge ivi imperante, quando non sia altresì quella dello Stato a cui appartengono; e d'altra parte nessun interesse ha la detta legge ad ingerirsi nell'ordinamento di famiglie, che le sono straniere. La legge che veramente ha un interesse diretto a regolare l'ordinamento familiare è quella dello Stato a cui appartiene la famiglia, che dello Stato è la cellula prima: dovunque si trovino i membri che la compongono, se e finchè la famiglia appartiene allo Stato, questi non può nè vuole disinteressarsene, e con la legge sua continua a regolarne l'ordinamento. Tale il concetto fondamentale su cui riposano l'art. 6 delle disp. prelim. al nostro cod. civ., nel duplice riguardo delle famiglie italiane all'estero e delle famiglie straniere in Italia, e le convenzioni dell'Aia. Le teorie che fanno dipendere l'ammissibilità del divorzio dalla legge del luogo di celebrazione del matrimonio, si fondano sopra una concezione contrattuale di questo, oggi generalmente abbandonata: così dicasi della teoria sostenuta in Germania dal Pütter, *Rechtsfälle*, vol. III, p. I, pag. 80, 85 seg., (cit. in v. Bar, *op. cit*, vol. I, pag. 486), e di quella, più nota, della giurisprudenza inglese fino al 1860 circa, che riteneva che i matrimoni celebrati in Inghilterra potessero essere sciolti soltanto nei modi e nei casi ammessi dal diritto inglese: confr. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, 8° ed., Boston 1893, §§ 216 segg., specialm. 219; Westlake, *op. cit.*, pag. 85 seg.; Dicey, *op. cit.*, specialm. pag. 755 segg.

Per ragioni analoghe, non è la cittadinanza dei coniugi al momento del matrimonio che interessa, bensì quella che hanno nel momento in cui si svolge l'azione che si pretende fraudolenta. Il mutamento di cittadinanza importa mutamento della legge regolatrice del rapporto coniugale, salvo il caso di diritti acquisiti, dei quali non vi è qui luogo a parlare: quindi, se due coniugi, stranieri al momento del matrimonio, hanno dipoi acquistato la cittadinanza italiana, essi sono soggetti alla nostra legge per tutto ciò che concerne i loro rapporti, e così anche per il divieto del divorzio e per le sanzioni di questo divieto. La questione discussa nel testo riguarda dunque tutte le ipotesi di coniugi che lasciano la cittadinanza italiana per ottenere il divorzio all'estero, tanto se: *a*) erano italiani al momento del matrimonio, e questo fu celebrato in Italia o all'estero — *b*) son divenuti italiani dopo la celebrazione del matrimonio, abbia questa avuto luogo in Italia o all'estero.

(2) A parte la questione se, in base al R. Decreto 15 novembre 1865 per l'ordinamento dello stato civile, tale annotazione sia possibile. La prevalente giurisprudenza ha ritenuto di sì (vedi *Rivista di diritto internazionale*, vol. II, pag. 364-65); ma non manca qualche voce autorevolissima in contrario. Così Gabba, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, Roma 1908, pag. 76 (Estratto dalle *Memorie della R. Accademia dei Lincei*).

presenta, o meglio può, in determinate circostanze, presentare i caratteri essenziali di una frode alla legge italiana? ed in caso affermativo, quali ne sono le sanzioni? Lo scopo di questo lavoro non consente di esaminare e risolvere la vessata questione in sè stessa: si tratta semplicemente di vedere in che rapporti si trova con la convenzione e quindi con la legge 7 settembre 1905. E questo, infatti, è il solo punto di vista sotto cui ne prendo a trattare. Ciò, per altro, non è possibile, se prima non se ne determina il contenuto ed il valore in generale, perchè soltanto dopo avere stabilito se e come è possibile opporre al riconoscimento del divorzio pronunziato all'estero l'eccezione di frode alla legge italiana, potremo domandarci se la questione può essere ancora sollevata dopo la convenzione dell'Aia e la legge che la rese esecutiva nel regno.

Il concetto stesso dell'agire in frode alla legge, come apparente rispetto alla lettera e sostanziale violazione del vero contenuto della legge (1), importa che di frode non si possa parlare se non riferendosi al rapporto che passa fra un determinato fatto dell'uomo ed una legge, alla quale il fatto stesso è soggetto. Se frodare la legge è violarla copertamente, con atti che hanno soltanto le apparenze della legalità, è certo che non può costituire violazione, nè occulta, nè palese, di una legge un fatto su cui questa non spiega il suo impero. Allorchè dunque il fatto è vietato da una legge e non da un'altra, non si potrà mai dire che esso sia inefficace nei riguardi della prima perchè posto in essere, in frode al suo divieto, sotto l'impero dell'altra che lo consente. Imperocchè, se consideriamo competente la legge che vieta, questa sola governa il fatto, comunque sia stato posto in essere nel territorio dove impera la legge permissiva; nel caso contrario, è impossibile parlare di frode, perchè non può costituire violazione della legge proibitiva un fatto che alla legge non è sottoposto.

Di qui deriva che non si deve parlare di divorzio in frode alla legge italiana. Una delle due: o il rapporto coniugale era sottoposto alla nostra legge, e l'inefficacia del divorzio pronunziato all'estero deriva puramente e semplicemente dalla inapplicabilità della legge straniera; o questa legge era divenuta competente a regolare il rapporto, e non si può, per la contradizione che nol consente, far dipendere l'efficacia di un atto governato da una legge straniera dalle contrarie disposizioni della legge italiana.

Il problema si presenta invece sotto tutt'altro aspetto. Il diritto internazionale privato

---

(1) È la definizione che il Neff, *Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta*, Berlin 1898, pag. 23, considera come il contenuto concorde delle varie definizioni che si son date dell'*agere in fraudem legis:* nello stesso senso Hoffmann, *Der Begriff der Gesetzesumgehung*, Berlin 1905, pag. 24. Per una esposizione larga e accurata di queste definizioni, dalla glossa ai moderni, rimane ancora fondamentale l'opera del Pfaff, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Wien 1892, pag. 20 e segg. Lascio da parte le questioni che si dibattono attorno a quel concetto comune, in particolare quelle se l'*agere in fraudem legis* sia un istituto giuridico autonomo o semplicemente una forma dell'*agere contra legem*, e se occorra o no una specifica intenzione fraudolenta (*dolus fraudis*), perchè non sono necessarie al mio scopo, che è semplicemente di determinare la posizione del problema rispetto alla convenzione dell'Aia, non già di risolverlo. Vedasi un'acuta analisi critica di queste ed altre questioni nel recente lavoro di Ottolenghi, *La frode alla legge e la questione dei divorzi fra italiani naturalizzati all'estero*, Torino 1909, cap. I.

collega la competenza dei varî ordinamenti giuridici territoriali a certe premesse di fatto o di diritto, che dipendono più o meno dalla volontà individuale: acquisto e perdita della cittadinanza o del domicilio, stipulazione dell' atto in questo o in quel luogo, instaurazione della lite dinanzi all' uno o all' altro di varî giudici egualmente competenti; e via dicendo. Naturalmente, di questa libertà l' individuo si vale per determinare l'applicazione della legge più confacente a' suoi particolari interessi: e siccome anche in questo campo l' attività sua incontra delle norme giuridiche che la disciplinano e costringono, può verificarsi un contrasto fra l' azione individuale diretta a rendere competente una data legge, e quelle norme, che richiedono condizioni o impongono limiti, a cui l' individuo non può o non vuole soddisfare. Tale contrasto può assumere una qualunque delle forme sotto cui si presenta la violazione della legge; e quindi anche quella forma occulta e larvata che costituisce la frode. Ma in tal caso la frode non si esplica nel contrasto fra la legge che vieta un dato fatto, per es. il divorzio, ed il fatto stesso compiuto sotto l' egida di un'altra legge, bensì nel contrasto fra la legge che impone determinate condizioni all' attuazione della premessa da cui dipende l' applicabilità della legge che quel fatto permette, e l' attività dell' individuo diretta a render possibile quest' applicazione, senza che sussistano le condizioni volute Se l' applicabilità di una o di un' altra legge dipende da premesse che sono assolutamente nella potestà dell' individuo, è impossibile ogni contrasto fra la sua azione ed il diritto, ed il problema non ha ragione d' essere. È quello che accade relativamente alla forma degli atti: il principio *locus regit actum* ne determina la legge regolatrice in base ad un fatto, che dipende interamente dalla volontà dell' individuo; di qui l' impossibilità, generalmente riconosciuta, di un' azione fraudolenta (1), e meglio si direbbe di un' azione contraria al diritto. Se invece la competenza della legge si collega ad una premessa, rispetto alla quale la libertà individuale è più o meno costretta da norme giuridiche, come appunto nei cambiamenti di cittadinanza, sorge subito la possibilità del contrasto, consistente in ciò che l' individuo cerca di determinare l' applicazione di una legge, senza che sussistano le premesse della di lei applicabilità. Ed il problema consiste quindi nel determinare se veramente l' azione dell'individuo è contraria al diritto, sia in modo apparente e manifesto, sia in modo occulto e larvato, di guisa che ne derivi l' inefficacia dell' atto, su cui riposa la competenza di quella data legge. L' inefficacia degli atti compiuti in forza di questa legge sarà poi la semplice conseguenza della di lei inapplicabilità.

La questione adunque, non è inutile dirlo esplicitamente sebbene già risulti implicito nelle cose dette, la questione non riguarda le norme di diritto internazionale privato propriamente dette o norme d' applicazione. Queste infatti, se veramente son tali e non ne

---

(1) Waechter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. XXV, pag. 413; von Bar, *op. cit.*, vol. I, pag. 350 seg.; Barthelmes, *Das Handeln in fraudem legis*, Göttingen 1889, pag. 11; Buzzati, *L' autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti*, Torino 1894, pag. 156 seg, 269 seg.; Fedozzi, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1900, pag. 382 e segg.; Habicht, *op. cit.*, pag. 91; Ottolenghi, *op. cit.*, pag. 95; ecc. ecc.

hanno soltanto l'apparenza estrinseca (1), sono norme di carattere puramente formale, che non hanno il loro oggetto nell'attività individuale, ma nelle leggi regolatrici di quest'attività, leggi di cui determinano i rispettivi limiti d'impero (2). Non è quindi possibile che l'azione individuale violi, in modo occulto o palese, queste norme (3): non è concepibile, ad esempio, un fatto dell'uomo contrario all'art. 6 delle preliminari, perchè quest'articolo non contiene una norma della condotta individuale. L'opinione contraria, che parla di frode alle regole del diritto internazionale privato (4), se non intende con ciò di designare impropriamente la frode alle norme che regolano i momenti di collegamento adottati dalle norme di diritto internazionale privato, riposa sopra un'imperfetta o erronea concezione della loro natura giuridica. Un'attività individuale contraria alla legge non si può avere che in due momenti, uno successivo e l'altro anteriore all'applicazione della norma di diritto internazionale privato; e cioè nei rapporti fra l'attività individuale e la legge che le norme di diritto internazionale privato dichiarano competente a regolarla, oppure nei rapporti fra l'attività individuale e la legge rispetto alla determinazione delle premesse di cui le norme di diritto internazionale privato si valgono per desumerne la competenza di un determinato ordinamento giuridico (5).

Il problema dei divorzi in frode alla legge è dunque puramente e semplicemente il problema dell'efficacia del cambiamento di cittadinanza preordinato a conseguire il divorzio. L'opinione secondo la quale sarebbe efficace il cambiamento di cittadinanza, ma non gli atti posti in essere sotto l'impero della legge straniera perchè diretti al fine meditato di frodare la legge (6), presuppone fra i fatti e la legge una relazione che non sussiste e che è anzi espressamente negata dall'avvenuto cambiamento di cittadinanza dei

---

(1) Su ciò vedi specialm. Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 250 e segg.

(2) Sul carattere formale delle norme d'applicazione (prescindendo però dalla ulteriore questione della loro appartenenza al diritto pubblico o privato) vedi specialm.: Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 198 e segg.; Affolter, *Intertemporales Privatrecht. I: Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig 1902, pag. 1 e segg.; Kahn, *Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, negli *Iahrbücher* di Ihering, vol. XL, pag. 52 e segg.; Habicht, *op. cit.*, pag 6 e seg.

(3) Confr. su ciò il mio studio sull'*Autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 delle disposiz. prelim. al cod. civ. e l'art. 58 del cod. di comm.* (estratto dal *Diritto commerciale*, vol. XXII, 1904) pag. 18 e seg ; *Diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 147; Zitelmann, *op. cit*, vol. I, pag. 18 seg., 198 segg. Il concetto è stato di recente sviluppato da Ottolenghi, *op. cit.*, pag. 81 e segg., in relazione appunto al tema di cui trattiamo, ma con ragioni che non mi sembrano sempre persuasive.

(4) Così per es. Hoffmann, *op. cit.* pag. 27, e Gabba, *Introduzione*, pag. 72. Esattamente Ottolenghi, *op. cit.*, pag. 92 e segg.

(5) La distinzione, com'è naturale, corrisponde esattamente ai due momenti in cui si esplica la funzione della volontà individuale rispetto all'ordine giuridico: confr. Regelsberger, *Pandekten*, vol. I, Leipzig 1893, pag. 167.

(6) Vedi gli autori citati da Ottolenghi, pag. 146, nota 2, a cui altri se ne potrebbero aggiungere. In generale però non è ben chiaro se gli scrittori intendano parlare di efficacia del cambiamento di cittadinanza ad ogni effetto tranne quello del divorzio, o di efficacia del cambiamento e inefficacia del divorzio: se questa seconda posizione, come dico nel testo, è intrinsecamente contradittoria, la prima è del tutto arbitraria e infondata.

coniugi. Ond'è che dopo più maturo esame, modificando l'opinione espressa altra volta (1), non esito a dire che è una vera contradizione in termini cercare il momento consumativo della frode in qualsiasi atto posteriore al cambiamento di cittadinanza, sia questo la domanda di riconoscimento della sentenza straniera di divorzio (2), o sia anche la domanda di riacquisto della cittadinanza italiana (3). La frode, se di frode sia da parlare, non può che viziare e rendere inefficace lo stesso cambiamento di cittadinanza, e dev'essere perciò, fino da questo momento, completa e perfetta (4).

---

(1) *Rivista di giurisprudenza toscana*, anno I, n.° 1-2.

(2) È la tesi del Fedozzi, *art. cit.*, specialm. pag. 148 e seg.; rispetto alla quale però mantengo le obiezioni di intrinseca contraddittorietà alle premesse su cui l'autore la fonda, che le mossi nello studio testè citato. Confr. Siotto Pintor, *Il divorzio degl' italiani naturalizzati stranieri*, estratto dagli *Annali dell' università di Perugia*, anno 1903, pag. 14 e seg.

(3) È la conclusione alla quale ero pervenuto nello studio citato sopra. Negando ora che si possa considerare la domanda di riacquisto della cittadinanza italiana come il momento consumativo di una frode alla nostra legge, non intendo affatto di negare l'opportunità e la convenienza di rifiutarlo agli italiani che si naturalizzarono in uno Stato estero e vi ottennero il divorzio, qualora si ritenga che essi son diventati effettivamente stranieri. In tal caso, anzi, continuo a credere che sia il solo rimedio logico e giusto contro gl' inconvenienti di queste disoneste manovre. La conclusione sta indipendentemente dal ravvisare nella domanda di riacquisto l'atto in cui si concreta un processo anti-giuridico, perchè il rifiuto riposa su criteri di convenienza e può benissimo essere la sanzione di una condotta immorale, ma inattaccabile dal punto di vista del diritto. Confr.: Consiglio di Stato, 17 ottobre 1900, *Legge*, 1900, II, 603; Siotto Pintor, *op. cit.*, pag. 16 seg. dell'estratto; Porro, nel *Mon. dei trib.*, 1906, 942; Ottolenghi, *op. cit.*, pag. 152 seg. Praticamente, dunque, il problema dei cosiddetti divorzi in frode alla legge si risolve, secondo me, nel seguente dilemma: o inefficacia della perdita della cittadinanza italiana e quindi del divorzio; o efficacia di quella e di questo, ma rifiuto di riacquistare la cittadinanza italiana.

(4) La possibilità astratta della questione, formulata nei termini indicati nel testo, non mi pare che possa dar luogo a dubbio di sorta. Si possono benissimo concepire, e non ne mancano esempi, disposizioni di legge relative alla perdita della cittadinanza, che, per il loro carattere, si prestano ad essere violate con un procedimento fraudolento: suppongasi che una legge vieti l'espatriazione a chi non si trova in determinate condizioni, ecc. Ma in concreto, e dal punto di vista del diritto italiano, credo che la questione dovrebbe porsi in termini diversi e più larghi, e cioè sulla validità, in genere, del cambiamento di cittadinanza preordinato al divorzio. La nostra legge non contiene disposizioni proibitive, e neppure coattive, in materia di perdita della cittadinanza: sicchè, se anche, seguendo l'opinione prevalente più larga (Barthelmes, *op cit.*, § 1, pag. 6; Pfaff, *op cit.*, § 10, pag. 79 segg; Neff, *op. cit.*, pag. 27; Hoffmann, *op. cit.*, § 7, pag 28 segg.; Dernburg, *Pandekten*, vol. I, § 31, nota 15; Vindscheid, *Pandekten*, vol, I, § 22 nota 2, § 70 nota 2), si ammette la possibilità della frode contro qualsiasi norma coattiva, e non soltanto contro le norme proibitive (come ritengono Bähr, *Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München u. Leipzig 1883, pag. 57 segg.; Linckelmann, *Die Sicherheitsübereignungen*, nell'*Archiv für bürgerliches Recht*, vol. VII, 1893, pag. 217 seg.; Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 6ª ed., vol. I, Berlin 1899, pag. 40), non si vede come potrebbero ricorrerne gli estremi nel caso concreto: la legge ha tanto poco carattere coattivo, che non vieta neppure l'espatriazione a chi è obbligato al servizio militare, e si limita invece a tener fermo quest'obbligo nonostante la perdita della cittadinanza. Ristretta dunque, correttamente, la questione al rapporto fra l'attività individuale diretta al cambiamento di cittadinanza e le norme giuridiche che a questo cambiamento si riferiscono, si può dire che di fronte al diritto nostro vien meno ogni possibilità di un procedimento *in fraudem legis*.

Ma il problema si ripresenta sotto un altro aspetto. Prescindendo dal ricercare qual sia la natura

giuridica dell'atto estintivo del rapporto di cittadinanza (confr. Laband, *op. cit.* vol. I, pag. 153 e gli altri ivi citati nella nota 2), si può tuttavia ritenere con sicurezza che la volontà individuale ne costituisce almeno una condizione o un presupposto: un vizio di questa volontà può quindi impedire che l'atto produca il suo effetto. La questione dunque si concentra nella funzione della volontà riguardo alla perdita della cittadinanza. Nessun dubbio che lo scopo per cui si rinunzia alla cittadinanza italiana e se ne acquista un'altra sia irrilevante per l'efficacia dell'atto. Può essere moralmente condannabile chi, per un mèro tornaconto personale, rinnega la patria, ma è certo che, dal punto di vista giuridico, non si può far differenza fra colui che acquista una cittadinanza straniera spinto da impellenti necessità economiche o politiche e colui che lo fa per mettersi sotto una legge più rispondente a' suoi particolari interessi di famiglia, e dicasi pure al suo egoismo. Il fatto che il cambiamento di cittadinanza risulti diretto, anche esclusivamente, al fine di ottenere il divorzio, non ha dunque importanza alcuna per l'efficacia del cambiamento stesso. Ma la questione non è qui: finchè partiamo dal supposto che i coniugi intendano veramente di diventare stranieri, il problema non sorge o non ha ragion d'essere; lo riconoscono anche coloro che sono più fermi e decisi nel ravvisare nel caso che ci occupa gli estremi della frode alla legge (vedi Gabba, *Introduzione,* cit., pag. 76): la questione sorge quando e perchè il cambiamento di cittadinanza non apparisce serio e reale, quando e perchè l'intenzione dei coniugi non è tanto quella di diventare stranieri, e in seguito a ciò divorziare, rompendo effettivamente i vincoli che li legano all'Italia, quanto quella di valersi della cittadinanza straniera per divorziare pur restando di fatto italiani « forestieri soltanto in faccia alla legge e tali di nome soltanto in faccia agli altri italiani ». (Gabba, *op. cit.*, pag. 77). Orbene, posto che questo particolare atteggiamento della volontà sia dimostrato, che risulti cioè la mancanza di un'intenzione effettiva e seria di diventare stranieri, ne deriverà l'inefficacia, rispetto all'Italia, del cambiamento di cittadinanza, non già per una pretesa frode al principio dell'indissolubilità del matrimonio, ma per difetto di uno dei requisiti a cui la legge subordina la perdita della cittadinanza? Così posta la questione, io credo si debba risolvere affermativamente. Non è da mettere in dubbio che se la legge, derogando al principio generale della non rinunciabilità dei diritti pubblici (Jellinek, *System der subiektiven öffentlichen Rechte,* 2ª ed., Tübingen 1905, pag. 332 segg, 340 segg., Schoenborn, *Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Rechte,* Tübingen 1908, passim., e la recensione del Radnitsky, nell'*Archiv f. öff. Recht.* vol. XXIV, pag. 321 segg.), permette all'individuo di sciogliersi dalla cittadinanza, lo fa in vista, e soltanto in vista della volontà reale, effettiva dell'individuo di *non esser più membro dello Stato.* La libertà di cambiare cittadinanza non è intesa nella legge altrimenti che come sostituzione reale, effettiva di una patria ad un'altra: il movente può esser qualunque, ed anche quindi soltanto il render possibile il divorzio; ma il cambiamento dev'essere seriamente voluto ed attuato. Questo concetto, che emerge limpido dalla ragione stessa della legge, è illustrato efficacemente e chiarito dai lavori preparatori: *Processi verbali della commissione di coordinamento,* pag. 41-43. Se in un caso concreto risulta che quella volontà non vi fu, se l'individuo volle, non già divenire straniero e conseguire con ciò quel fine che non poteva restando italiano, ma valersi della cittadinanza straniera per conseguirlo pur restando effettivamente italiano, vien meno un requisito necessario dell'atto estintivo della cittadinanza, che non produce perciò effetto alcuno. E non vale osservare in contrario che la legge non mette veruna condizione al fine e alla durata dell'espatriazione; ciò accade perchè qualsiasi fine e qualsiasi durata sono compatibili con la volontà effettiva e seria di espatriare. Neppure si può obiettare che colui il quale acquista una cittadinanza straniera per divorziare ha effettivamente, in quel momento, la volontà di diventare straniero; l'osservazione può forse esser giusta per escludere, insieme con altre ragioni (confr. Ferrara, *Della simulazione nei negozii giuridici,* 2ª ed., Milano 1905, pag. 85), che si tratti di atto simulato, ma non toglie che non sia quella la volontà richiesta dalla legge. E neanche osta il contrasto fra la volontà reale e quella dichiarata: a parte ogni questione sui rapporti fra l'una e l'altra, che nel campo del diritto pubblico sono ancora così poco studiati, è certo che la prevalenza dipende anzitutto da ciò che la legge prescrive nel caso concreto; e in questo caso appunto la legge non attribuisce un'importanza decisiva alla manifestazione esteriore della volontà, perchè esige che si concreti in fatti capaci di dimostrarla seria e reale (trasferimento della residenza); sicchè è logico indurne che quando i fatti dimostrano una volontà diversa da quella manifestata, la prima prevale sulla seconda. Finalmente, per quanto riguarda la funzione *attributiva* dell'autorità pubblica negli atti

36. Con ciò è bell' e determinato il rapporto che passa tra la questione di cui parliamo e la convenzione dell' Aia (1).

Poichè la frode non può, in ogni caso, avere altra manifestazione od effetto che quello di rendere inefficace, rispetto a noi, la perdita della cittadinanza italiana, e quindi tutti gli atti successivi che su quel primo si basano, possiamo affermare con tutta sicurezza che la questione può sollevarsi ora come prima della convenzione dell' Aia (2). Questa, infatti, non si occupa delle questioni di cittadinanza e non dice se e quando gli Stati abbiano il dovere di riconoscere l' efficacia della rinuncia ad una cittadinanza e dell' acquisto di un' altra (3). La convenzione determina alcuni effetti che derivano dallo avere l' individuo una data cittadinanza; ossia, presuppone la cittadinanza e su questa base impone agli Stati il dovere di comportarsi in un dato modo, ma li lascia poi pienamente liberi nello stabilire le condizioni alle quali l' individuo può reclamare la qualità di straniero e nell' apprezzarne, in ogni singolo caso, la sussistenza. Se dunque la legge italiana, nel concorso di determinate circostanze, considera inefficace la rinunzia alla cittadinanza o l' acquisto di quella straniera, il principio è pienamente compatibile con gli obblighi imposti dalla convenzione e mancherebbe qualsiasi motivo per ritenere che la legge 7 settembre 1905 abbia voluto modificarlo. E poichè la determinazione della citta-

---

di cui parliamo, il modo stesso nel quale ho formulato il problema previene l' obiezione che si è voluto desumerne. Ho detto, infatti, che la volontà individuale può anche costituire semplicemente una *condizione* o un *presupposto* dell' atto da cui deriva la perdita o l' acquisto della cittadinanza: sia pure che l' effetto nasca direttamente da un atto della pubblica amministrazione; se esso presuppone o richiede per la propria efficacia il concorso della volontà individuale, la mancanza di questo impedisce all' atto di produrre il suo effetto (confr. Romano, *Principî di diritto amministrativo*, Milano 1901, pag. 46) -- La conclusione corrisponde esattamente a quella a cui arrivano i sostenitori del criterio del domicilio (confr. Wharton, *op. cit*, § 8, pag. 26 seg.): come la mancanza dell' intenzione di acquistare veramente il nuovo domicilio (insita nel fatto di volersi stabilire in un luogo soltanto per quel dato scopo) impedisce il cambiamento di domicilio e rende inefficaci gli atti che lo presuppongono, così la mancanza della volontà effettiva di essere stranieri (insita nel fatto di voler essere stranieri per quel solo effetto) impedisce il cambiamento di cittadinanza e rende inefficaci gli atti che lo presuppongono. Le obiezioni desunte dall' incompetenza dell' autorità giudiziaria a conoscere della naturalizzazione in uno Stato estero riposano sopra un apprezzamento inesatto delle attribuzioni del giudice in questa materia: vedi nota a pag. seg.

(1) Confr. su quest' argomento: Gabba, *L' exequatur delle sentenze straniere di divorzio e la convenzione dell' Aia*, nel *Mon. dei trib.*, 1906, 941; *ivi*, 1907, 133; *Fòro italiano*, 1906, I, 1517; *Introduzione, cit.*, pag. 78 segg.; Esperson, nella *Legge*, 1907, 667 e nella *Giur. it.*, 1907, IV, 1 segg.; Porro, nel *Mon. dei trib.*, 1906, 946; Ottolenghi, *op. cit.*, pag. 175 segg.; Kahn, *Die Haager Scheidungs-Konvention*, nella *Zeitsch. für intern. Privat-u. öffentliches Recht*, vol. XV, 1905, pag. 259 segg.; Bettelheim, *Das internationale Eherecht nach den Haager Konventionen*, nella *Zeitsch. cit.*, pag. 637 segg.

(2) Conforme: Esperson, *loc. cit.* Anche l' Ottolenghi, *op. cit.*. pag. 183 segg., riconosce che se la frode alla legge si fa consistere nel cambiamento di cittadinanza, la questione può sollevarsi anche dopo la convenzione dell' Aia. Il Gabba invece, ammettendo la validità del cambiamento di cittadinanza, crede di poter arrivare alla stessa conclusione in virtù del canone generale della inefficacia degli atti in frode alla legge, che devesi intendere sottinteso, come nel diritto positivo di ogni singolo Stato, così in una convenzione internazionale (*Fòro, loc. cit.*, col. 1521; *Introduzione*, pag. 80).

(3) *Actes de la 2ème Conférence etc.*, pag. 85.

dinanza costituisce un presupposto necessario del giudizio di delibazione, è sempre possibile accertare la validità dell'atto da cui deriva la perdita della cittadinanza italiana (1).

È quasi inutile avvertire che io parlo qui d'inefficacia del cambiamento di cittadinanza in generale, e non già di inefficacia di esso agli effetti del divorzio, pure ammettendone per ogni altro riguardo la validità, come spesso fanno, avvertitamente o no, coloro che sostengono la teoria della nullità dei divorzi *in fraudem legis* (2). Il non riconoscimento del divorzio pronunziato all' estero non può essere, secondo me, altro che una delle mol-

---

(1) L' affermazione formulata nel testo riguarda il modo in cui l' accertamento della frode, o meglio l' inefficacia del cambiamento di cittadinanza, rientra nelle indagini commesse al giudice di delibazione, ed ha per scopo di supplire ad una lacuna, in cui sono generalmente incorsi gli scrittori che hanno trattato di quest' argomento, preoccupati più di dimostrare l' astratta possibilità della frode, che il modo di accertarla concretamente nel giudizio di delibazione E la cosa ha tanto maggiore importanza dopo la convenzione, perchè, avendo questa escluso, come si è visto, l' indagine generica sul rapporto fra la sentenza straniera e l' ordine pubblico, la ricerca della frode non si potrebbe far rientrare nel n. 4 dell'art. 941. Ma quell' affermazione mira anche ad un altro scopo; e cioè ad escludere che si possa, in qualsiasi modo, restringere la facoltà d'apprezzamento del giudice rispetto agli atti da cui dipende la perdita della cittadinanza italiana, anche se questi sono atti di un' autorità straniera. In realtà, questo punto è stato finora trattato in modo tutt' altro che chiaro e preciso, e le incertezze o gli errori a cui ha dato luogo hanno fatto sentire la loro influenza su tutto lo svolgimento del tema dei divorzi *in fraudem legis*, e sono stati, assai probabilmente, la causa precipua per cui dai più si è cercato di sostenere l' inefficacia del divorzio, pure ammettendo che non si potesse disconoscere il cambiamento di cittadinanza. Siccome, di regola, il cambiamento avviene mediante la naturalizzazione all' estero, da cui deriva anche la perdita della cittadinanza anteriore (art. 11 n. 2 cod. civ.), così, si dice, è impossibile che il giudice italiano ne disconosca l' esistenza e l' efficacia, perchè ciò importerebbe un' illecita intromissione nella sfera di una sovranità straniera Ma tutto ciò riposa sopra un equivoco. Il giudice italiano non può certamente sindacare la validità dell' atto di naturalizzazione *nei riguardi dello Stato straniero*; ma egli non è chiamato a questo, bensì a valutarlo nei riguardi del diritto nostro, come fatto estintivo dolla cittadinanza italiana. In quanto la perdita della cittadinanza dipende dall' acquisto di quella straniera, e questa è concretata mediante un atto amministrativo, ammettiamo pure che il giudice debba assumerlo senza discussione come base del suo giudizio: la questione, che è un aspetto di quella più generale e ben poco studiata finora dell' efficacia degli atti amministrativi stranieri, non è forse così semplice come generalmente si crede; diamola tuttavia come risoluta in questo senso. Ma se poi a far perdere la cittadinanza italiana sia sufficiente la naturalizzazione nello Stato estero, o si richieda anche il concorso di altre condizioni di capacità, di volontà ecc., questa è un' altra questione, che dipende esclusivamente dalla legge italiana e che il giudice risolve senza essere minimamente vincolato dall' atto dell' autorità straniera. Potrà darsi benissimo che il giudice neghi ogni efficacia alla perdita della cittadinanza italiana, non già disconoscendo il valore della naturalizzazione di fronte allo Stato estero, ma per difetto di alcune delle condizioni che, secondo il nostro diritto, devono concorrere col valido acquisto della cittadinanza estera perchè ne derivi la perdita di quella italiana. Non è il caso di ricorrere, come altri ha creduto (v. Bar, *op. cit.*, vol. I, pag. 219 seg., Fedozzi, *op. cit.*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XXX, pag. 77), ai principî che regolano i rapporti fra l' autorità giudiziaria e l' amministrativa; bisogna invece applicare con coerenza logica il principio che ogni Stato regola e risolve per conto proprio tutto quanto riguarda l' acquisto e la perdita della propria cittadinanza.

(2) È singolare come quest' idea si ritrovi anche in coloro che, riponendo il momento della frode in un fatto successivo alla naturalizzazione, parrebbe dovessero evitare l' anomalia di un cambiamento di cittadinanza in parte efficace e in parte no: vedasi ad es. Fedozzi, *op. cit.*, in *Riv. cit.*, vol XXX, pag. 78.

teplici conseguenze derivanti dal fatto che l' individuo non ha mai cessato di essere italiano È questa una conseguenza logica evidente delle considerazioni svolte sopra intorno al modo in cui si presenta il problema della frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato. D' altronde non è concepibile, nel diritto nostro, un cambiamento di cittadinanza parziale, valido a certi effetti e non a certi altri: il cambiamento esiste o no, è valido o non lo è: ogni distinzione di questo genere è necessariamente infondata ed arbitraria (1). Ed in questi termini soltanto io credo che la questione sia ammissibile sotto l' impero della convenzione. Non potrebbe uno Stato riconoscere come avvenuto il cambiamento di cittadinanza e tuttavia ritenerlo inefficace agli effetti del divorzio, perchè ciò equivarrebbe ad estendere l' impero della propria legge sopra fatti che, a termini della convenzione, sono invece soggetti ad una legge diversa. Ogni Stato è libero di determinare le condizioni alle quali vuole subordinata la perdita della cittadinanza, e di farle valere contro ogni violazione, aperta od occulta che sia; potrebbe anche negare assolutamente ai propri sudditi la libertà di espatriare, senza violare la convenzione, perchè tutto ciò è fuori della convenzione Ma se lascia che l' espatriazione si verifichi e ne riconosce la validità, non è poi in suo potere di limitarne gli effetti, perchè, data quella premessa, essi sono obbligatoriamente determinati dalla convenzione (2). Sicchè: o si riconosce la validità del cambiamento di cittadinanza, e nessuna eccezione può opporsi, in nome di una pretesa frode alla legge italiana, al riconoscimento della sentenza straniera; o il cambiamento di cittadinanza si ritiene inefficace, e la sentenza non può essere riconosciuta per mancanza di potestà giurisdizionale nello Stato che l' ha pronunziata.

37. Il problema però si ripresenta sotto un altro aspetto. La convenzione contiene una disposizione che ha certamente lo scopo di impedire i mutamenti di cittadinanza preordinati al divorzio: mi riferisco all' art. 4, per il quale la legge dello Stato a cui appartengono i coniugi nel momento della domanda di divorzio o di separazione non può essere invocata per attribuire ad un fatto avvenuto quando i coniugi, o uno di essi, avevano una cittadinanza diversa, il carattere di una causa di divorzio o di separazione (3). L' opinione comune non mette in dubbio che il giudice di delibazione debba accertare la

---

(1) Confr. v. Bar., *op. cit.*, vol. I, pag. 225.

(2) In questo senso convengo anch'io col Kahn, *op. cit.*, pag. 260 seg., che se lo Stato a cui appartenevano i coniugi volesse riconoscerne il cambiamento di cittadinanza nei riguardi del diritto pubblico e negarne l' efficacia in quelli del diritto privato per tenerli ancora soggetti alla propria legge, agirebbe egli *in fraudem conventionis*; o meglio violerebbe la regola che i trattati devon essere interpretati ed applicati in buona fede.

(3) Sulla genesi e la storia di quest' articolo, che dà luogo in pratica alle più gravi difficoltà, vedasi la relazione del Renault, negli *Actes de la 3me Conférence*, pag. 209 seg., da cui risulta che ebbe veramente per scopo d' impedire certe frodi. Questo pensiero non fu estraneo neanche all' art. 8 (*ibid.*, pag. 213 in fine); ma il concetto a cui risponde è più largo e diverso. Ad ogni modo non mi occorreva ora di ricordarlo, perchè l' accertamento dell' osservanza di esso è richiesto per determinare la competenza giurisdizionale, ed in quanto tale esame non corrisponda a quello che occorrerebbe agli effetti del tema di cui parliamo, valgono le stesse considerazioni che faccio in rapporto all' art. 4.

osservanza dell' art. 4, così come di tutte in genere le clausole della convenzione; e quindi da coloro i quali sostengono che la questione della frode, se pure poteva sollevarsi prima, non è più ammissibile dopo la convenzione, si ritiene che lo Stato dove si domanda il riconoscimento del divorzio trovi appunto nell' art. 4 la difesa, ammessa dalla convenzione, contro i cambiamenti di cittadinanza *in fraudem legis* (1). Il principio generale che ha servito di base a questo lavoro, e cioè che il giudice di delibazione non deve portare il suo esame su quelle clausole della convenzione che implicherebbero una revisione in merito della sentenza straniera, e che però escono dai limiti delle indagini prescritte dallo art. 941 cod. proc. civ., ha invece per conseguenza che non possa accertarsi nemmeno la osservanza dell' art. 4, quando pur si tratti di coniugi già italiani, che acquistarono la cittadinanza dello Stato dove fu pronunziato il divorzio del quale si chiede in Italia il riconoscimento. È ammissibile questa conseguenza, di fronte al carattere ed allo scopo dell' art. 4? o si deve invece ammettere un principio diverso, e su qual fondamento?

La risposta, dopo quanto son venuto dicendo, non mi pare difficile. Sebbene la disposizione dell' art. 4 abbia anche lo scopo di impedire i cambiamenti di cittadinanza preordinati al divorzio, il dovere del giudice di delibazione di accertarne l' osservanza non potrebbe di certo giustificarsi col concetto della inefficacia degli atti compiuti in frode alla legge. Questa infatti, come si è detto, non può concretarsi che nel fatto stesso del cambiamento di cittadinanza. Ciò posto: o si ritiene inefficace il cambiamento, e non vi è bisogno d' altro per negare il riconoscimento della sentenza straniera; o è valido, e non si può più parlare di frode alla legge italiana. Ed infatti, se anche la sentenza straniera, contrariamente all' art. 4 della convenzione, ha fondato la pronunzia del divorzio sopra un fatto avvenuto quando i coniugi erano ancora italiani, non si vede come in ciò sia possibile ravvisare gli estremi di un' azione fraudolenta. Vi è invece, e la cosa è ben diversa, un' indebita applicazione della legge straniera, da parte del magistrato straniero, a fatti governati dalla legge italiana. Il rifiuto del riconoscimento non avrebbe quindi la sua giustificazione nella tutela della legge italiana contro l' agire fraudolento dei privati, ma nel fatto che il giudice del merito non avrebbe rispettato i limiti d' impero della legge italiana. Ora, per quanto da un punto di vista razionale possa sembrare giustificato che non si accordi il riconoscimento a sentenze straniere che abbiano in qualsiasi modo disconosciuto il valore e l' efficacia della legge italiana, è certo che non è questo un obietto d' indagine nel nostro giudizio di delibazione. Concetto fondamentale di questo giudizio, così come la nostra legge lo intende e lo regola, è che non possa essere sindacato in alcun modo il procedimento attraverso il quale il magistrato straniero è arrivato a determinare i fatti di causa e le norme di diritto applicabili; nè a questo principio fondamentale si fa, come in altre leggi, eccezione per garantire che non siasi applicato un diritto straniero a rapporti che noi consideriamo soggetti alla legge italiana. Il sistema, ripeto, può sembrare criticabile, ma è questo; ed all' interprete non resta che riconoscerlo ed applicarlo. Le ragioni, sulle quali si fonda l' obbligo del giudice di delibazione di non

(1) Confr. Kahn, *op. e loc. cit.*; Porro, *loc. cit.*, pag. 946.

spingere il suo esame su quelle clausole della convenzione, che implicherebbero indagini non ammesse dall'art. 941 del cod. di proc. civ., conservano quindi tutto il loro valore, ed autorizzano a concludere che, da questo punto di vista, la questione della frode alla legge non influisce sulle condizioni del riconoscimento della sentenza straniera.

CAPO NONO

La determinazione della cittadinanza nel giudizio di delibazione.

38. Le varie indagini di cui abbiamo parlato presuppongono la determinazione della cittadinanza degl'interessati. Più volte ho avuto occasione di dire che la convenzione non ha voluto regolare questa materia, e che perciò le questioni relative devono essere risolute dai tribunali dei vari Stati secondo i principî in vigore in ciascuno di essi, coincidano o no con quelli applicati dal magistrato straniero. A completare il nostro discorso conviene dunque ora occuparci brevemente dei principî che deve applicare in proposito il giudice italiano.

Vi è prima di tutto una questione generale e fondamentale: in base a qual legge si determina la cittadinanza? Anche la cittadinanza, infatti, è un concetto giuridico; bisogna quindi ricercare qual'è il diritto obiettivo a cui ci dobbiamo riferire. Essere cittadino vuol dire esser membro di quella data corporazione statuale: ogni corporazione statuale stabilisce come crede le condizioni alle quali si può o si deve esserne membri; ossia, ogni Stato per determinare se un individuo è cittadino o no applica sempre e soltanto la propria legge. Appartenere ad uno Stato in qualità di cittadino, vuol dire dunque appartenergli come tale *secondo le norme giuridiche in esso vigenti* (1). Di qui deriva che per determinare se esiste una data cittadinanza, il giudice deve riferirsi esclusivamente al diritto vigente nello Stato al quale l'individuo pretende di appartenere o la cui cittadinanza viene, in qualsivoglia modo, in questione. L'idea che lo Stato, in quanto fa dipendere il regolamento di certi rapporti dall'appartenenza dell'individuo ad una o ad un'altra organizzazione statuale, debba stabilire altresì i criteri in base ai quali riterrà sussistente o no tale appartenenza (2), oltre a mettersi in contrasto coi fatti e dar luogo ad inconvenienti pratici che la rendono, a detta di chi teoricamente la propugna, pressochè inattuabile, disconosce dunque la natura del rapporto di sudditanza, e non può essere approvata neanche da un punto di vista razionale. In generale parlando, poi, la funzione fondamentale della cittadinanza nel campo del diritto pubblico esclude che la determinazione di essa possa essere, in qualsivoglia modo, influenzata dalle leggi di un altro Stato: il Kahn (3)

(1) Confr. Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 170.
(2) Niemeyer, *Das intern. Privatrecht des bürg. Gesetzbuchs*, cit., pag. 61 e segg.
(3) *Gesetzeskollisionen*, negli *Jahrbücher* di Jhering, vol. XXX, pag. 58.

osserva giustamente che oggi almeno, il fatto che uno Stato applicasse proprie norme per determinare se un individuo è cittadino di un altro Stato potrebbe facilmente sembrare un'illecita intromissione nella sfera di una sovranità straniera. Che anche la convenzione, assumendo la cittadinanza come criterio di competenza legislativa o giurisdizionale, sia partita dal concetto che cittadino di uno Stato è colui al quale la legge di questo Stato attribuisce tale qualità, non mi pare si possa mettere in dubbio. E tale è poi certamente il principio a cui s'informa il nostro diritto positivo: la legislazione italiana non ha posto delle regole per stabilire in genere l'appartenenza dell'individuo alla corporazione statuale; ha semplicemente determinato quali individui hanno la cittadinanza italiana: se poi chi non è italiano appartenga come cittadino allo Stato A o allo Stato B, è una questione alla quale essa rimane affatto estranea. Concludendo: per determinare se un individuo è cittadino di uno Stato, il giudice italiano, a tutti gli effetti di cui ci siamo occupati nel nostro studio, deve applicare esclusivamente la legge di questo Stato, e in base ad essa affermare o negare la cittadinanza, anche se i principî del nostro diritto porterebbero, nello stesso caso, ad un altro risultato.

39. Può darsi che questa indagine metta capo ad accertare che la persona appartiene ad uno Stato e ad esso soltanto; ma, nella condizione attuale delle legislazioni positive, attesa la grande differenza dei criteri che adottano per determinare la qualità di cittadino e regolarne l'acquisto e la perdita, può anche facilmente accadere, o che l'individuo non risulti cittadino di alcuno Stato, o che risulti contemporaneamente cittadino di due o più Stati. La risoluzione di questi conflitti è un problema eminentemente complesso, non solo *de lege condenda*, ma anche *de lege lata:* quì dobbiamo occuparcene esclusivamente dal punto di vista del nostro tema; e l'osservazione è tanto più importante, in quanto che i conflitti di cui si parla assumono nelle varie ipotesi, nelle quali si presentano, significato ed aspetto profondamente diversi, sicchè la soluzione buona per un caso può non valere affatto per un altro, e le ragioni che la giustificano in quello non avere in questo alcun valore o averne uno completamente negativo.

Il difetto assoluto di cittadinanza ha, nel caso nostro, una conseguenza molto semplice e chiara: l'inapplicabilità della convenzione. Il momento a cui ci si deve riferire è quello nel quale venne avanzata l'istanza di divorzio o di separazione personale (art. 9). Non giova una cittadinanza acquistata dipoi, perchè in tal caso la sentenza straniera non sarebbe stata pronunziata in base alla convenzione, e quindi non è applicabile ad essa l'art 7: non nuoce l'aver perduto dipoi la cittadinanza senza acquistare quella di un altro Stato contraente, perchè la sentenza è stata pronunciata in base alla convenzione e sussiste l'obbligo di riconoscerla conformemente all'art. 7. La mancanza assoluta di cittadinanza equivale dunque, nel caso nostro, alla mancanza di cittadinanza in uno degli Stati contraenti: alla domanda di riconoscimento del divorzio o della separazione personale pronunziata all'estero sono applicabili le regole ordinarie del cod. di proc. civ., e non quelle speciali emanate con la legge 7 settembre 1905. Le difficoltà che possano presentarsi nell'applicare le disposizioni del codice per il difetto di cittadinanza delle parti, non hanno

niente che fare col nostro tema; nè è quindi il caso di occuparsi delle varie soluzioni proposte per integrare con un altro criterio quello che manca (1).

L'ipotesi di persone che appartengono contemporaneamente a più Stati, si presenta in due casi ben distinti fra loro. Se una o più cittadinanze straniere concorrono con quella italiana, ha valore per noi soltanto quest'ultima: non si tien conto delle cittadinanze straniere e l'individuo vien trattato, a tutti gli effetti, come se fosse soltanto italiano (2). La sentenza straniera non potrà dunque essere riconosciuta, per mancanza, di fronte a noi, di potestà giurisdizionale nello Stato che la pronunziò.

Più difficile e controverso è il caso di persone aventi varie cittadinanze, esclusivamente straniere. Occorre appena avvertire che l'ipotesi contemplata è quella di un concorso di cittadinanze di più Stati firmatari della convenzione: se le persone avessero la cittadinanza di uno Stato firmatario e di altri non firmatari, il conflitto non sorgerebbe, perchè uno solo sarebbe lo Stato che avrebbe diritto di esigere il riconoscimento della sentenza ed una sola la cittadinanza di cui si dovrebbe tener conto agli effetti dell'applicazione della legge 7 settembre 1905. Nè lo Stato potrebbe sottrarsi all'obbligo di applicare la convenzione allegando di considerare prevalente la cittadinanza di uno Stato non firmatario, perchè, come spiego nel seguito, la scelta fra le varie cittadinanze è ammissibile solamente in quanto è necessaria per evitare pretese incompatibili fra loro; ed in questo caso non si può affatto parlare d'incompatibilità.

I criteri proposti per risolvere il conflitto sono molteplici, e talvolta anche contradittorî fra loro. Vi ha chi ritiene che in tal caso l'individuo possa scegliere la cittadinanza di cui intende valersi (3): altri pensano che il giudice debba prescindere dal rapporto di sudditanza ed applicare senz'altro la propria legge (*in dubio pro lege fori*) (4): altri ancora vuol integrare il criterio della cittadinanza col domicilio, o sostituire addirittura questo a quella (5): finalmente si dice che bisogna determinare quale fra le varie cittadinanze è da preferire ed attenersi a questa, trascurando le altre; ma differiscono poi grandemente le opinioni quanto ai criteri da porre a base di questa determinazione, chè, mentre alcuni danno la preferenza alla cittadinanza volontariamente acquistata per

---

(1) Le opinioni si dividono specialmente fra l'ultima cittadinanza e il domicilio. Confr. v. Bar, *Theorie u. Praxis*, vol I, pag. 260, *Lehrbuch des intern. Privat-und Strafrechts*, 1892, pag. 49: Kahn, *Gesetzeskollisionen*, cit, pag. 79; Neumann, *op. cit.*, pag. 47 e segg.; Niemeyer, *Vorschläge u. Materialien*, pag. 128, *Das intern. Privatrecht d. B. G. B.*, pag. 67; Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 176 e seg.; Meili, *Das intern. Civil-u. Handelsrecht*, vol. I, pag. 162 e seg.; Levis, *op. cit*, pag. 20; Habicht, *op. cit.*, pag 226 e segg.; ecc.

(2) Principio generalmente ammesso Confr.: Neumann, *op. cit.*, pag. 45; Zitelmann, *op. cit.*, pag. 175; Niemeyer, *Das intern. Privatrecht d. B. G. B.*, pag. 64; Niedner, *Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch*, sull'art. 29, n.° 3, pag. 82; Levis, *op. cit.*, pag. 18; abicht, *op. cit.*, pag. 229; ecc. ecc.

(3) Endemann, *op. cit.*, pag. 71.

(4) De Vareilles Sommières, *La synthèse du droit international privé*, 1897, vol. II, n. 895.

(5) Kahn, *Gesetzeskollisionen*, cit., pag. 69.

ultimo (1), altri vogliono la più antica (2) ed altri quella fondata sopra la legge, i cui principî nella materia meno si discostano da quelli della *lex fori* (3).

Alcuni di questi criteri, qualunque ne sia il valore, risultano di per sè inapplicabili al caso nostro. Così quello che rimette alla volontà delle parti la scelta della cittadinanza, perchè non si può ammettere che l'efficacia di una sentenza di divorzio o di separazione dipenda dall'arbitrio individuale. Così pure quello che ricorre al vecchio aforisma « *in dubio pro lege fori* » perchè incompatibile coi doveri imposti dalla convenzione; e per lo stesso motivo quello che vuol sostituire la cittadinanza col domicilio. Nel caso nostro il conflitto non si può risolvere altro che con la scelta di una fra le varie cittadinanze. Ma questa scelta non ha già per scopo di determinare quale cittadinanza è più fondata in diritto, perchè ogni cittadinanza, legalmente esistente in virtù della legge di uno Stato estero, ha, rispetto a noi, il medesimo valore giuridico di tutte le altre, qualunque sieno i principî su cui riposano: nessuno Stato ha ragione o modo di giudicare se i criteri adottati da un altro Stato per attribuire o togliere la qualità di cittadino sono giuridicamente fondati. La scelta è resa necessaria dalla impossibilità di tener conto ad un tempo di più cittadinanze, dalle quali deriverebbero pretese incompatibili fra loro, ed ha quindi per solo obietto di determinare quale, fra diversi rapporti ugualmente fondati in diritto, apparisce più importante e quindi preferibile nel caso concreto.

Di quì deriva che non è possibile stabilire un principio, che valga in tutti i casi come regola generale ed assoluta (4). L'importanza ed il significato dei vari rapporti, per cui un individuo si trova ad essere cittadino di più Stati ad un tempo, dipendono in massima parte dalle circostanze di fatto che li determinarono e li accompagnano. È necessaria dunque una valutazione caso per caso; e questa può esser fatta in modo adeguato e completo soltanto dal giudice, al quale perciò dev'essere lasciata libera la scelta. Libertà di scelta non vuol dire però scelta arbitraria: il giudice non può procedere ad una corretta valutazione delle circostanze di fatto da cui risulta l'importanza relativa di varie cittadinanze se non fondandosi sopra alcuni criteri; e questi criteri egli deve indubbiamente desumerli dalla propria legge. Ogni legge in materia di cittadinanza riposa, in ultima analisi, su questo concetto fondamentale: che fra i molteplici vincoli di fatto che legano l'individuo all'organizzazione statuale, alcuni soltanto assumono tale importanza da

---

(1) V. Bar, *Theorie u. Praxis*, vol. I, pag. 261; Barazetti, *Das internationale Privatrecht im bürg. Gesetzbuche*, 1897, pag. 22; Niedner, *op. cit.*, sull'art. 29 n.° 3; Niemeyer, *Das internationale Privatrecht d. bürg. G. B.*, pag. 65; Habicht, *op. cit.*, pag. 230; Levis, *op. cit.*, pag. 19.

(2) Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag, 176; Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903, pag 568.

(3) Esperson, *Condizione giuridica dello straniero*, 1889, vol. II, n. 319. Confr. su questo concetto Kahn, *Gesetzeskollisionen*, pag. 60 e segg ; *Die Haager Scheidungskonvention*, nella *Zeitsch.* del Niemeyer, vol. XV, pag. 253 e segg.

(4) Confr. Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 175; e specialm. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, vol. I, 2ª ed. 1901-02, § 36; Niemeyer, *Das intern. Privatrecht d. bürg. G. B.*, pag. 64 e segg.; Levis, *op. cit.*, pag. 18 e seg.; Habicht, *op. cit.*, pag 230.

fargli aquistare, o soli o nel concorso di altre circostanze, la qualità di membro dell' organizzazione medesima. In altre parole, la legge contiene sempre, esplicita o implicita, una valutazione dell' importanza relativa dei vari criteri da cui può derivare la qualità di cittadino: questa valutazione appunto deve servire di guida al giudice. È logico, infatti, che uno Stato, trovandosi nella necessità di scegliere una fra più cittadinanze egualmente fondate in diritto, e lasciato libero nella scelta, consideri come più importante quella che corrisponde ad un rapporto fra l' individuo e lo Stato da lui ritenuto idoneo a fondare la cittadinanza, piuttosto che quella corrispondente ad un rapporto, a cui non attribuisce questo valore; quella che corrisponde ad un rapporto fondamentale, piuttosto che quella derivante da un rapporto meramente sussidiario; e via dicendo. Una cittadinanza acquistata volontariamente è, agli occhi del nostro legislatore e quindi del giudice, più importante, *caeteris paribus,* di una imposta coattivamente; una cittadinanza attribuita dal criterio della discendenza è più forte di quella che si fonda sul luogo di nascita; nel primo caso, perchè la nostra legge richiede, di regola, il concorso della volontà dell' individuo nell' acquisto e nella perdita della cittadinanza; nel secondo caso, perchè il criterio della discendenza è fondamentale nel nostro sistema, mentre il criterio territoriale vi ha solo scarse e secondarie applicazioni; e così via (1). In conclusione: il conflitto positivo dev' essere risoluto dal giudice determinando qual' è la cittadinanza più importante nel caso concreto, tenuto conto dei principî stabiliti dalla legge italiana.

CAPO DECIMO

Effetti della sentenza pronunziata nel giudizio di delibazione.

40. Prescindendo dal caso che il giudice dichiari di non provvedere in merito per mancanza di un presupposto processuale, il giudizio di delibazione mette capo ad una sentenza, che naturalmente può essere di rigetto o di accoglimento della domanda. La sentenza di merito che rigetta la domanda, in quanto nega l' esistenza di un diritto del-

(1) Un' indagine così intesa è certamente possibile, ma ha un' importanza assai limitata, attesa la necessaria relatività di tutti i criteri che si arriva a stabilire. Per esempio, uno dei principî a cui si suole attribuire più importanza è quello che dice doversi preferire la cittadinanza dello Stato, dove l' individuo ha il domicilio o la residenza (Barazetti, *op. cit.*, pag. 22; Kahn, *Gesetzeskollisionen*, cit., pag. 69; Niedner, *op. cit.*, sull' art. 29 n°. 3 b ; Habicht, *op. cit.*, pag. 230, ecc.). Nessun dubbio che in molti casi questo criterio porti a dare la preferenza alla cittadinanza più seria e reale; e nessun dubbio, del pari, che sia ammissibile dal giudice italiano, tanto più che la nostra legge attribuisce al domicilio una funzione notevole nella determinazione della cittadinanza, e precisamente nel senso di far prevalere, in varî casi, la qualità di cittadino o straniero, secondo che la persona ha il domicilio o la residenza nello Stato o all' estero (cod. civ. art. 5 al. 1, art. 10 al. 4, art. 11 al. 2, art. 14 al. 2). Ma suppongasi che la cittadinanza dello Stato dove l' individuo ha il domicilio siagli stata attribuita per questo solo fatto e a sua insaputa, e si vedrà che la questione muta aspetto completamente. E si potrebbero moltiplicare gli esempi.

l' attore ad ottenere il riconoscimento del divorzio e della separazione personale, è una sentenza d' accertamento negativo, che produce la cosa giudicata: nessun dubbio che questo effetto della sentenza sia regolato esclusivamente dalla legge italiana, sicchè non vi è luogo per noi ad osservazioni particolari. Dobbiamo invece occuparci degli effetti della sentenza che accoglie la domanda, ossia che riconosce il divorzio o la separazione personale pronunziata nello Stato estero.

41. L' atto giurisdizionale straniero non ha efficacia nello Stato come tale, ma solamente in quanto il contenuto di esso diviene contenuto di un atto giurisdizionale italiano. Come il giudice italiano, accettando la pronunzia del magistrato straniero, obbedisce esclusivamente alla volontà del legislatore che glie lo comanda, poichè sarebbe inconcepibile che una sovranità esercitasse atti d' impero sugli organi di un' altra sovranità, così i privati non sono obbligati giuridicamente dalla volontà affermata nella sentenza straniera, ma da quella che il giudice italiano, obbedendo alla legge italiana, afferma come volontà propria in una sentenza italiana. Gli effetti che si producono in Italia, in quanto sono effetti propri dell' atto giurisdizionale, derivano dunque esclusivamente dalla sentenza che riconosce il divorzio o la separazione pronunziati nello Stato estero (1).

Questo però non vuol dire che gli effetti di cui si tratta sieno regolati tutti e sempre dalla legge italiana. L' applicazione della legge del giudice che ha pronunziato la sentenza alla determinazione degli effetti che ne derivano è certamente inoppugnabile finchè si tratta di effetti processuali (2); ma se l' atto giurisdizionale produce, in qualunque modo, degli effetti di diritto sostanziale, una modificazione del rapporto giuridico che fu oggetto del processo, viene necessariamente in considerazione anche la legge regolatrice di questo rapporto. Per spingere più addentro l' analisi di questo argomento, giova dunque distinguere subito fra effetti processuali ed effetti sostanziali della sentenza.

Gli effetti processuali della sentenza dipendono dalla *lex fori*. Ma cosa si deve intendere nel caso nostro per *lex fori?* quella del giudice straniero che ha pronunziato la sentenza, o quella del giudice italiano che la riconosce? Dai principî precedentemente esposti, circa il rapporto che passa fra l' atto giurisdizionale straniero e quello italiano, deriva logicamente che gli effetti processuali della sentenza che riconosce il divorzio o la separazione personale pronunziata in uno Stato estero sono determinati esclusivamente dalla legge italiana. Infatti in Italia non ha efficacia la sentenza straniera come tale, ma la sentenza italiana; e questa sola è capace di produrvi effetti giuridici: perchè gli effetti processuali della sentenza dipendessero, anche in parte, dalla legge processuale straniera, bisognerebbe ammettere che il legislatore, ordinando di assumere il contenuto della sentenza straniera a contenuto di una italiana, avesse ordinato altresì l' applicazione delle norme processuali vigenti nello Stato estero; ma quest' affermazione manca di ogni fondamento, ed è anzi in contrasto coi principî più sicuri del diritto internazionale privato.

(1) Confr. Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 121 e segg.
(2) Confr. Zitelmann. *op. cit.*, vol II, pag. 258.

Gli effetti processuali della sentenza riguardano infatti l'attività del giudice in un altro processo; ora il giudice spiega sempre la propria attività secondo la legge processuale dello Stato di cui è l'organo.

La conclusione riguarda specialmente quell'effetto, comune a tutte le sentenze di merito, che si designa col nome di *cosa giudicata.* Secondo una recente dottrina (1), alla quale mi associo, la cosa giudicata è un istituto di natura esclusivamente processuale: essa consiste nel divieto fatto ad ogni giudice di rimettere in discussione il già deciso, e nel conseguente obbligo del giudice stesso di ritenersi vincolato dalla sentenza precedente e di accettare come base della nuova decisione il diritto in quella dichiarato, quand'anche gli risultasse che il diritto negato esiste o che quello ammesso non esiste. Ogni pretesa di rimettere in discussione il già deciso dev'essere respinta come contraria al rispetto della cosa giudicata. A questo dovere del giudice corrisponde il diritto delle parti (esso pure di natura processuale) di esigere che si tenga conto della decisione anteriore. Il principio generale, formulato sopra, circa gli effetti processuali della sentenza, assume nel caso nostro questo preciso significato: la cosa giudicata nasce dalla sentenza italiana che riconosce quella straniera, ed è regolata interamente ed esclusivamente dalla legge italiana (2). Si è già visto, infatti, che l'obbligo di rispettare il giudicato straniero e di assumerlo eventualmente come base di una nuova decisione giudiziale si fonda sulla volontà dello Stato e si attua concretamente per mezzo del riconoscimento che ne fa il magistrato nazionale, in seguito a cui l'atto giudiziale straniero assume carattere ed efficacia di atto giurisdizionale italiano. Come quest'obbligo deriva dalla nostra legge, che sola può vincolare i magistrati italiani nell'esercizio della loro attività processuale per riguardo alle decisioni straniere, così è la legge italiana che deve determinarne il contenuto, il significato, le conseguenze: la legge processuale straniera non ha alcun titolo per esser presa in considerazione (3).

Naturalmente, siccome il contenuto dell'atto giurisdizionale è fornito dalla sentenza

---

(1) Vedasi specialm. Hellwig, *Wesen und subjective Begrenzung der Rechtskraft,* Leipzig 1901, § 2 e passim.; *Lehrbuch,* vol. I, pag. 45 e seg., 124 e altrove. Fra noi Chiovenda, *op. cit.,* § 78; *Sulla cosa giudicata,* estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* vol. XLIII, fasc. 1-2; *Cosa giudicata e competenza,* estratto dal volume in onore di C. Fadda, Napoli 1905.

(2) L'applicazione della legge dello Stato dove si fa valere la cosa giudicata derivante da una sentenza straniera, è esplicitamente sostenuta anche dallo Zitelmann, *op. cit.,* vol. II, pag. 277 e seg., di fronte all'ipotesi appunto di una « *prozessrechtliche Auffassung* » della cosa giudicata. Ma lo Zitelmann si fonda unicamente sul principio che ogni giudice, in materia processuale, applica la propria legge, mentre, secondo me, la ragione fondamentale sta in ciò, che l'effetto di cui si parla non deriva da una sentenza straniera, ma italiana. Il concetto comune che la sentenza straniera come tale sia capace di spiegare effetti giuridici nello Stato, ha servito ad altri per sostenere che l'estensione e gli effetti della cosa giudicata dipendono dalla legge del giudice straniero, indipendentemente dal vedere se trattisi di una questione sostanziale o processuale: confr. v. Bar, *Theorie u Praxis,* vol. II, pag. 459 e seg.

(3) La concezione materiale della cosa giudicata porta logicamente ad applicare, non la legge processuale straniera, ma la legge sostanziale competente secondo la natura dell'effetto giuridico prodotto dalla sentenza. Confr Zitelmann, *op. cit.,* vol. II, pag. 269 e seg.

straniera, bisogna risalire a questa per determinare il contenuto dell' *accertamento giudiziale* (1); ma, su questa base, le norme di diritto applicabili sono sempre e soltanto quelle della nostra legge. Quindi, salvo le naturali conseguenze del principio che la cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza (art. 1351 cod. civ. it.), in quanto richiama ad un' interpretazione del giudicato straniero, è la legge italiana che determina il contenuto ed i limiti obiettivi e subiettivi della cosa giudicata; che decide, per esempio, se questo effetto riguarda soltanto la decisione o anche i motivi, ed in qual senso (2); se soltanto la decisione relativa alla questione principale, o anche quelle su questioni pregiudiziali o incidentali, o alcune di queste, e quali; se soltanto coloro che furono parte in giudizio, o anche i terzi, ed in quali casi (3); e via dicendo. Del pari secondo la legge italiana si devono determinare il significato e gli effetti della cosa giudicata, poichè si tratta sempre, dato il concetto fondamentale da cui siamo partiti, di principî riguardanti l' esplicazione dell' attività processuale del giudice: così dicasi, ad esempio, delle questioni se la cosa giudicata possa elevarsi d' ufficio o soltanto su richiesta della parte; se la controversia nuova presenti i termini d' identificazione voluti rispetto a quella giudicata; quali effetti derivino da un successivo cambiamento nello stato di fatto o di diritto, che fu posto a base della precedente decisione; ecc. ecc. Può darsi però che un effetto della cosa giudicata non si produca se non subordinatamente o nel concorso di condizioni, che, per natura loro, dipendono da una legge diversa; per es., l' efficacia della sentenza di fronte al terzo può dipendere da una cessione di diritti, da una successione, ecc.: in tal caso, fermo stante il principio che la legge italiana determina e regola la possibilità che si produca quel dato effetto processuale rispetto al cessionario, al successore ecc., si dovrà tener conto della legge competente, secondo i principî del diritto internazionale privato, per stabilire se esiste il presupposto a cui la nostra legge processuale collega quel dato effetto.

Ad altre conseguenze dovrebbe logicamente condurre la teoria prevalente, che concepisce la cosa giudicata come un istituto di diritto sostanziale (4), conseguenze, alla lor volta, diverse, secondo la natura attribuita a questo istituto (costituzione d' obbligazione, cosiddetta *obligatio iudicati;* fatto estintivo; novazione ecc.) (5). Nel caso nostro, però,

---

(1) In questo senso soltanto parmi di poter convenire con Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 124 n. 3.

(2) Sui possibili varî significati di questa antica e complessa questione, vedi ora Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 751 e segg.

(3) Quindi, per citare un' applicazione che fa al caso nostro, la grossa controversia circa l' efficacia *adversus omnes* dei giudicati di stato, va risolta esclusivamente in base ai principî che si ritengono ammissibili nel nostro diritto, quantunque nello Stato dove fu pronunziata la sentenza sieno in vigore principî diversi.

(4) Ciò dimostra che la questione non è tanto di mero interesse dottrinale, quanto sembra allo Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 748.

(5) Confr. l' analisi dello Zitelmann, *op. cit.*, vol. II, pag. 271 e segg. Vedi anche Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 124, il quale, anzi, si fonda sul fatto che il § 328 del cod. di proc. civ. germanico prescinde completamente dalle circostanze di cui si dovrebbe tener conto, se la cosiddetta cosa giudicata materiale fosse veramente un effetto di diritto materiale, per sostenere che il concetto è estraneo al diritto dell' impero.

la concezione materiale della cosa giudicata porterebbe a conseguenze, che si confondono con quanto siamo per dire, intorno agli effetti sostanziali della sentenza.

42. Le sentenze di divorzio e di separazione personale, infatti, non producono soltanto l'effetto processuale, comune a tutte le sentenze di merito, del quale ci siamo occupati fin quì. Esse appartengono a quella categoria di sentenze, che sono, per loro natura, dirette a produrre un effetto di diritto sostanziale, un mutamento nel rapporto giuridico che è oggetto del giudizio; mutamento che ha appunto nella sentenza la sua causa immediata e diretta (1). Per questo lato, la sentenza non si limita ad accertare il diritto e a dichiararlo, preparando o no un mutamento nello stato di cose attuale (sentenze di mero accertamento e di condanna), ma lo attua: è insieme accertamento ed esecuzione (2). La sentenza che pronunzia il divorzio accerta il diritto dei coniugi, o di uno di loro, alla estinzione del rapporto giuridico matrimoniale, *e lo estingue* (3); la sentenza di separazione personale accerta il diritto dei coniugi ad un cambiamento nei loro rapporti *e lo effettua*, facendo cessare alcuni diritti e doveri o facendone sorgere eventualmente altri: in ogni caso, il mutamento del rapporto giuridico sostanziale tien dietro all'accertamento del diritto e si produce in virtù della sentenza stessa.

Questo effetto della sentenza è ben diverso da quello meramente processuale che abbiamo esaminato prima; ed è senz'altro evidente che dev'essere regolato dalla legge a cui é sottoposto il rapporto giuridico sostanziale (4). Il principio che il divorzio e la separazione personale dipendono dalla legge nazionale dei coniugi sta appunto a significare, prima di tutto, che un mutamento nel rapporto giuridico matrimoniale non può avvenire, se non in forza della legge dello Stato a cui appartengono i coniugi. Bisogna ora vedere in qual modo questo criterio generale si attua nei rapporti fra la sentenza straniera, che pronunzia il divorzio o la separazione, e quella italiana, che la riconosce.

Il mutamento del rapporto giuridico sostanziale avviene in Italia per mezzo della sentenza che riconosce la pronunzia straniera. Fino a questo momento il rapporto giuridico dei coniugi è per noi quello che risulta dalla legge competente a regolarlo.

Questa, infatti, ha efficacia in Italia in forza della volontà del legislatore, che ordina

---

(1) Vedi una trattazione larga e profonda di questa categoria di sentenze in Chiovenda, *Principii* § 8. Ivi anche, in nota a pag. 144, varie indicazioui di autori che ne hanno trattato. Per una bibliografia più completa può vedersi l'art. cit. del Balog, nella *Zeitsch* del Grünhut, vol. XXXIV, pag. 123 e segg. Le applicazioni al diritto internazionale privato sono ancora molto lontane dall'importanza che il tema presenta: ricordo tuttavia i cenni lucidi e acuti dello Zitelmann, *op. cit.*, volume II, pag. 281 e segg., e la trattazione più completa di Hellwig, *Lehrbuch*, I, §§ 17-21.

(2) Confr. Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 54 e seg.

(3) Si può per altro concepire, e non ne mancano esempi concreti (cod. civ. francese art. 264) che la sentenza si limiti ad accertare il diritto al divorzio, rimettendo poi all'interessato di compiere l'atto giuridico (per es. una dichiarazione innanzi all'ufficiale di stato civile) che lo estingue. In tal caso la funzione della sentenza sarebbe di puro accertamento; il nuovo stato giuridico si produrrebbe in virtù della dichiarazione di volontà del titolare. Confr. Hellwig, *Lehrbuch*, vol. I, pag. 48.

(4) Confr. Zitelmann, *op. cit*, vol. II, pag. 281.

di applicarla, indipendentemente da ogni riconoscimento giudiziale: invece l'atto giurisdizionale straniero non ha efficacia, se non per mezzo del riconoscimento che ne fa il giudice italiano (1). La sentenza che riconosce il divorzio o la separazione personale pronunziata nello Stato estero, attua (2) dunque, in Italia, il mutamento del rapporto giuridico sostanziale; ma lo attua in base all'accertameuto del magistrato straniero ed assumendo come propria la volontà concretata nella sentenza straniera.

Di qui deriva, che il mutamento del rapporto giuridico sostanziale, che noi attuiamo, in tanto è conforme alla legge competente a regolarlo, in quanto la sentenza straniera è fondata appunto sulla detta legge. In ciò sta una delle più forti ragioni per riconoscere la competenza esclusiva di emanare sentenze costitutive allo Stato, al quale riconosciamo la competenza esclusiva di regolare legislativamente il rapporto giuridico, che la sentenza è destinata a modificare (3). Se da un punto di vista razionale la potestà di regolare un dato rapporto mediante l'attività legislativa postula la potestà di mutarlo mediante l'attività giurisdizionale, dal punto di vista pratico si può dire che, in un sistema che ammette il valore delle sentenze straniere prescindendo da ogni revisione in merito, è questa la maggior garanzia, anzi la sola garanzia vera, che non si attueranno mutamenti di diritto non corrispondenti alla legge, che riteniamo sola competente a produrli. Trattandosi di sentenze che producono un mutamento nello stato personale o nei rapporti di famiglia, la competenza dovrebbe quindi spettare esclusivamente ai tribunali dello Stato, al quale appartengono le persone colpite dal mutamento.

Mentre il diritto italiano, secondo l'interpretazione da me sostenuta, adotta appunto questo principio, la convenzione v'introduce un'importante eccezione, ammettendo che in alcuni casi possa trovar luogo, accanto alla giurisdizione nazionale, quella del domicilio. In questo caso, la garanzia che l'effetto costitutivo della sentenza corrisponde alla legge regolatrice del rapporto giuridico, è data dall'obbligo che ha il giudice del domicilio di applicare la legge nazionale dei coniugi (4). È vero che il giudice del domicilio, secondo

---

(1) Vedi sopra pag. 135 seg. Così l'efficacia della legge, come quella della sentenza straniera derivano dalla volontà (libera o internazionalmente obbligata) del legislatore italiano; ma la prima direttamente, la seconda indirettamente soltanto. Sulle ragioni di questo diverso trattamento dell'attività legislativa e giurisdizionale straniera, vedi Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 123.

(2) Conforme: Kipp, *Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen*, Kiel u. Leipzig 1892, pag. 92. Contro: Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 141.

(3) Confr. Zitelmann, *op. cit.*, vol. II, pag. 284 e segg.; Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 103 e segg; Schmidt, *Lehrbuch*, pag 285.

(4) D'altronde la convenzione, ammettendo la giurisdizione del domicilio solamente se la legge dello Stato a cui appartengono i coniugi non riserba esclusivamente ai tribunali nazionali la conoscenza di queste questioni, parte dal concetto che la giurisdizione del domicilio sia, in certo qual modo, ammessa dalla stessa legge regolatrice del rapporto giuridico, e, in ogni caso, che le sentenze pronunziate dai tribunali del domicilio saranno riconosciute anche nello Stato dei coniugi, ossia vi produrranno il mutamento a cui sono dirette. L'errore della dottrina, che separa, anche in questi casi, la competenza giurisdizionale dalla competenza legislativa, apparisce chiaro quando mancano norme internazionali obbligatorie circa la legge applicabile: il riconoscimento della sentenza pronunziata dai tribunali di un terzo Stato, dove vigono norme di diritto internazionale privato diverse dalle nostre, può voler dire che il giudice italiano attui nello Stato nostro un mutamento del rapporto giuridico, vietato dalla legge, che noi riteniamo competente a regolarlo.

gli art. 1 e 2 della convenzione, può tener conto anche della propria legge: ma il solo scopo di queste disposizioni è la tutela dell' ordine pubblico dello Stato dove la domanda giudiziale viene proposta (art. 3). Il giudice del domicilio può, in nome della propria legge, escludere una domanda di divorzio o di separazione, non mai accoglierla se non è fondata sulla legge nazionale, nè desumerne delle conseguenze che la legge nazionale non ammette. Sicchè il giudice italiano, anche se chiamato a riconoscere una sentenza pronunziata dai tribunali del domicilio, attua il mutamento di diritto perchè conforme alla legge nazionale dei coniugi, e per questo motivo soltanto.

Donde una conseguenza importante. Per determinare gli effetti di diritto sostanziale della sentenza con cui il giudice italiano ha riconosciuto il divorzio o la separazione personale pronunziati all' estero la sola legge da prendere in considerazione è quella dello Stato a cui appartengono i coniugi, tanto se furono pronunziati dalla giurisdizione nazionale, quanto se da quella del domicilio, perchè la legge del domicilio non è mai legge regolatrice del rapporto, e nessuna limitazione è possibile in nome del concetto d' ordine pubblico, avendo la convenzione obbligato gli Stati a riconoscere il divorzio o la separazione pronunziati in un altro Stato, che è quanto dire ad ammettere tutte le conseguenze che ne derivano a termini della legge competente. Così dicasi, anzitutto, della questione se la sentenza abbia veramente estinto il vincolo matrimoniale, in modo che sia possibile un nuovo matrimonio dei coniugi divorziati (1); del diritto della donna divorziata o separata di continuare a portare il nome del marito; dell' obbligo degli alimenti; di quello di concorrere al mantenimento dei figli comuni; dei diritti rispettivi dei coniugi divorziati o separati rispetto alla persona ed ai beni dei detti figli (2); della revoca delle donazioni; di eventuali modificazioni del regime patrimoniale, in quanto sieno vero e proprio effetto del divorzio o della separazione; e via dicendo. In tutti questi casi, ed in vari altri che sarebbe facile immaginare, ogni qualvolta si debbano determinare in Italia, in via giudiziale o stragiudiziale, gli effetti della pronunzia del divorzio o della separazione, si applicherà esclusivamente la legge nazionale, in base a cui furono pronunziati il divorzio o la separazione.

43. Da qual momento si producono in Italia gli effetti di cui abbiamo parlato? da quello in cui diviene definitiva la sentenza italiana, o da quello in cui divenne definitiva la sentenza straniera? Ogni sentenza di delibazione, che accoglie la domanda, contiene anzitutto

(1) Altra è la questione se, pure essendo sciolto il vincolo matrimoniale, gli ex-coniugi possano contrarre un determinato matrimonio; per es. col complice dell' adulterio: qui non si tratta di un effetto della sentenza di divorzio, ma di capacità a contrar matrimonio, ed è quindi applicabile la legge dello Stato a cui appartiene la persona al momento del nuovo matrimonio. Confr. Habicht, *op. cit.*, pag. 143 e seg.

(2) Se invece si trattasse di diritti dei genitori divorziati o separati verso i figli, o di questi verso quelli, sarebbe applicabile la legge che regola i rapporti parentali, e quindi eventualmente una legge diversa da quella, in base alla quale si determinano gli effetti del divorzio. Confr. Habicht, *op. cit*, pag. 143.

un accertamento nuovo, indipendente affatto da quello del magistrato straniero, sull'esistenza delle condizioni volute dalla nostra legge per il riconoscimento delle sentenze straniere. Inoltre assume come proprio il contenuto della sentenza che riconosce; ossia, il contenuto dell' atto giurisdizionale straniero diventa il contenuto dell' atto giurisdizionale italiano. La sentenza italiana ha, per questo lato, la stessa natura giuridica di quella straniera; è di accertamento, di condanna, o costitutiva, secondo che è di accertamento, di condanna, o costitutiva, la sentenza straniera alla quale si riferisce.

L' accertamento, essendo semplicemente la dichiarazione autoritativa di ciò che è diritto nel caso concreto, si riferisce, per natura sua, a tutto il tempo in cui ha esistito il diritto accertato; ossia l' efficacia della sentenza incomincia dal momento in cui il diritto è nato (1). Accertata l' esistenza delle condizioni per il riconoscimento della sentenza straniera, è necessariamente accertato che esse esistevano anche prima: assunto come contenuto della sentenza italiana l' accertamento fatto dal giudice straniero, questo vale, tanto per noi quanto per lo Stato estero, fino dal momento in cui il diritto accertato cominciò ad esistere. Si tratta di un effetto normale e necessario dell' accertamento, che solo impropriamente si potrebbe chiamare retroattività; come impropriamente si parla di retroattività delle leggi interpretative (2).

La condanna, in quanto contiene un ordine del magistrato, sia alla parte soccombente, sia agli organi dell' esecuzione (3), non può manifestamente avere efficacia che dal momento in cui è perfetto quest' ordine. Il comando del giudice straniero non ha, come tale, efficacia di sorta in Italia: ciò che si eseguisce è il comando del giudice italiano; e questo non esiste se non in forza della sentenza che egli pronunzia. L' effetto della condanna comincia quindi nel momento in cui diviene esecutiva la sentenza di delibazione.

Anche l' efficacia costitutiva della sentenza incomincia normalmente dal momento in cui passa in giudicato; o per dir meglio, il mutamento del diritto, appunto perchè è un effetto della sentenza, si produce soltanto col divenire definitiva la sentenza medesima (3). Applicando questo principio al caso nostro, si dovrebbe dire che gli effetti del divorzio o della separazione incominciano in Italia nel momento in cui passa in giudicato la sentenza pronunziata nel giudizio di delibazione. Qui però sorge una questione, che, per motivi affatto diversi, non ha ragion d' essere, nè rispetto al semplice accertamento, nè rispetto alla condanna; intendo la questione della retroattività della sentenza. L' effetto *ex nunc* è certamente normale nelle sentenze costitutive; si può dire, anzi, che sia una conseguenza logica della natura costitutiva dell' atto. Ma è certo che vi sono molti casi in cui la legge attribuisce all' effetto costitutivo delle sentenze una vera e propria efficacia retroattiva (4); e come vi sono dei casi in cui quest' efficacia riposa sopra un' espressa dispo-

---

(1) Confr. Hellwig, *Lehrbuch*, I, pag. 45, II, pag 38; Chiovenda, *Principii*, pag. 65, 150 nota 1.

(2) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª ed., vol. I, Torino 1891, pag. 25 segg.

(3) Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, pag. 118 e seg., *Lehrbuch*, I, pag. 46 e seg, 58 e seg.; Chiovenda, *Principii*, pag. 123 e seg.

(4) Vedi, in proposito, Chiovenda, *Principii* pag. 149 e seg.; Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 701 e seg.; Balog, *art. cit.*, pag. 138 e seg.

sizione di legge, così ve ne possono essere altri in cui deriva dalla tacita volontà della legge medesima. E fra questi credo che si debba annoverare anche il nostro. La sentenza pronunziata nel giudizio di delibazione opera, rispetto a noi, un mutamento di diritto, perchè ed in quanto questo mutamento fu già prodotto nello Stato straniero, al quale riconosciamo il potere giuridico di disporre sul rapporto modificato. Scopo della sentenza è che il rapporto giuridico sia in Italia quello che è nello Stato estero; essa quindi si riferisce, non soltanto al futuro, ma anche al passato, e precisamente al momento in cui si verificò nello Stato straniero quel mutamento di diritto, che si vuole attuato fra noi. L'effetto retroattivo si può dunque ritenere voluto dalla legge, perchè indispensabile al pieno raggiungimento del fine che si propone (1).

---

(1) Nel corso di questo lavoro mi sono riferito esclusivamente al divorzio e alla separazione personale pronunziati da una autorità giudiziaria straniera, ossia alla prima parte dell'art. 7 della convenzione. Il capoverso di quest'articolo estende l'obbligo del riconoscimento al divorzio ed alla separazione personale pronunziati da una giurisdizione amministrativa, se la legge di ciascuno dei coniugi riconosce questo divorzio o questa separazione. La regola trae origine da una particolarità dei diritti scandinavi, dove accanto al divorzio per certe cause determinate dalla legge (adulterio, abbandono malizioso e impotenza) esiste la separazione personale per atto amministrativo (decreto del prefetto, del ministro della giustizia o del re) ed un divorzio per cause diverse da quelle stabilite dalla legge, che può essere accordato parimente per atto amministrativo (decreto reale): quest'ultimo è usato specialmente per convertire in divorzio la separazione personale durata almeno tre anni (Vedi *Documents relatifs à la 3me Conférence de la Haye*, ecc., pag. 139 e 180; inoltre Lehr, *Éléments de droit civil Scandinave*, Paris 1901, pag. 321 e segg.). Il capoverso dell'art. 7 ha in vista appunto questi casi (*Actes de la 3me Conférence*, pag. 195 seg., 213). Esso solleva delle questioni speciali che non potevano trovar posto in questo lavoro, senza alterarne i caratteri e l'economia, e meglio forniranno la materia ad uno studio speciale.

AVVERTENZA — A pag. 34 e segg. ho indicato come data della pubblicazione della legge che dà esecuzione nel regno alla convenzione dell'Aia quella stessa della promulgazione, cioè il 7 settembre 1905. Avvertito ora da un articolo del Buzzati nel *Monitore dei tribunali* del 20 marzo corrente, trovo che la legge, promulgata effettivamente il 7 settembre 1905 e inserita nella Raccolta ufficiale al n.° 523, non fu poi pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* che il 9 novembre di quell'anno. La differenza non influisce sul merito delle questioni discusse, nè modifica le conclusioni a cui ho creduto di dover arrivare; ma desidero di rettificare l'inesattezza, e colgo volentieri l'occasione di associarmi alle giuste lagnanze mosse dal mio valente Collega alla nostra pratica amministrativa in materia.

INDICE

INTRODUZIONE.

PARTE PRIMA — **Teoria generale.**

PARTE SECONDA — **Questioni speciali ed applicazioni.**

